فهرس الهدايه والكفايه

المجلد الرابع



ئتـــــــــاب الاٍ ك

كتـــــــــاب الكراهيه

ئـــــــاب احياء الموات

ئـــــــــاب ... شربة

...ـــــــــ الصيد ١١٣٠

كتاب المعاقل ١٤١٣

كتاب الوصايا ١٤٢٧

كتاب الخنثى ١٥٠٣

مسائل شتى ١٥١٤

تم فهرس المجلد الرابع من الهداية

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع *

قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود

كتاب الشفعة

هي تملك البقعة جبرا بما قام على المشتري بالشركة والجوار وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع **قوله** ينتظر له ان كان غائبا فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه البيع الا ترى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي عليه السلام جعله احق على الاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لما انتظمه كلمة احق **قوله** اذا كان طريقهما واحدا المراد به جار هو شريك في الطريق ويثبت الحكم في الشرب (دلالة)

وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال

دلالة لان الشفعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت في الشرب وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وهذا يقتضي ان جنس الشفعة فيما لم يقسم لان الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في روايته انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه *

قوله وصرفت الطرق اي جعل لكل قسم طريق على حدة **قوله** لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل اي في فصل الشركة دون الفرع وهو الجوار **قوله** ولنا ما روينا اراد به قوله الجار احق بسقبه وفي ما روي بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم فيما عداه وانما قد يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر وآخر الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما روينا ومعناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فكان الموضع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة وربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله عليه السلام انه لا يستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق دفعه لحق الملك فان الشفعة حق الملك فيستحق به دفع ضرر يلحقه بسبب اتصال الملك **قوله** اتصال تابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ الواجب النقض دفعا للفساد **قوله** عند وجود المعاوضة بالمال احترازا عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة مهرا *

على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا *

قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم *

قال فان سلم الشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رح ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

قوله على هذه الصفة اي اتصال تابيد وقرار **قوله** اذ هو مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار باعلاء الجدار **قوله** وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى جواب اشكال وهو ان يقال الشفيع ان يتضرر بالدخيل فالدخيل يتضرر به ايضا بتملك الشفيع ماله عليه فاجاب بان دفع هذه المادة بتملك الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى **قوله** وضرر القسمة مشروع جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل يعني ان ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا وصار حقا عليه لا يصلح علة لتحقق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه وانما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعا **قوله** والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة احترز به عن الجار المقابل **قوله** وبابه في سكة اخرى احتراز عما اذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذه الدار * (قوله)

والشريک في المبيع قد يکون في بعض منها کما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وکذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يکون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشرکة فيه فالطريق الخاص ان لا يکون نافذا

قوله والشريک في المبيع قد يکون في بعض منها کما في منزل معين من الدار او جدار معين منها اي مع ارضه لان الشرکة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة وصورة الترتيب في الشفعة منزل مشترک بين اثنين في دار هي لقوم في سکة غير نافذة اذا باع احد الشريکين نصيبه من المنزل فالشريک في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشرکاء في الدار احق بالشفعة من الشرکاء في السکة لانهم امس قربا للشرکة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السکة احق بالشفعة للشرکة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهره هذا المنزل وباب داره في سکة اخرى **قوله** وهو مقدم على الجار في المنزل اي الشريک في منزل معين من الدار او جدار معين منها مقدم على الجار في المنزل وفي المغني ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريک في الطريق ان لا يکون شريکا في الارض الذي هو تحت الحائط الذي هو مشترک بينهما اما اذا کان شريکا فيه لا يکون مؤخرا بل يکون مقدما وصورة ذلک ان يکون ارض بين اثنين غير مقسومة بنيا في وسطها حائطا ثم اقتسما الباقي فيکون الحائط وما تحت الحائط من الارض مشترکا بينهما فکان هذا الجار شريکا في بعض المبيع اما اذا اقتسما الارض قبل بناء الحائط وخطا خطا في وسطها ثم اعطى کل واحد منهما شيئا حتى بنيا حائطا فکل واحد منهما جار لصاحبه في الارض شريک في البناء لا غير والشريک في البناء لا غير لا يوجب الشفعة **قوله** وکذا على الجار في بقية الدار اي کما هو مقدم على الجار في المنزل کذلک هو مقدم على الجار في بقية الدار وذکر القدوري ان الشريک في الذي تحت الحايط يستحق الشفعة في کل المبيع بحکم الشرکة عند محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله فيکون مقدما (على)

والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح ان الخاص ان يكون نهرا يسقي منه قراحان
اوثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين
والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه
على الجار في كل المبيع وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف رح يستحق الشفعة في الحائط
بحكم الشركة ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جار آخر سيا *

قوله والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن قيل اريد به اصغر السفن وما يجري فيه
السفن فهي شركة عامة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رح الخاص
ان يكون نهرا يسقى منه قراحان اوثلثة اوبستانان اوثلثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح
من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا بناء وفي الذخيرة وعامة المشائخ على
ان الشركاء في النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير
لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة
وبعضهم بمائة وبعضهم باربعين وبعض مشائخنا قالوا اصح ما قيل فيه انه مفوض الى رأي
كل مجتهد في زمانه ان رآهم كثيرا كانوا كثيرا وان رآهم قليلا كانوا قليلا فان كانت سكة غير نافذة
تنشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة اي المنشعبة مستطيلة احترز به عن المستديرة فان
الشفعة فيها لاهل السكتين **قوله** فبيعت دار في السفلى اي في المنشعبة فلاهلها الشفعة خاصة اي
لاهل المنشعبة دون العليا لانه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور وليس لهم ان يفتحوا فيها بابا فكانت
كالمملوكة لاهلها بخلاف السكة الواحدة اذا بيعت دار في اقصاها كانت الشفعة بين اهل السكة
الواحدة وان لم يكن لاهل الاعلى حق المرور في الاقصى لان السكة اذا كانت واحدة والطريق
فيها واحد فللكل فيها شركة من اول السكة الى آخرها الا ان شركة البعض اكثر والترجيح لا يقع بالكثرة
على ما عرف **قوله** وان بيعت في العليا فلاهل السكتين لان لاهل السفلى حق المرور فيها (قوله)

فهو على قياس الطريق فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه

قوله فهو على قياس الطريق فيما بيناه وهو قوله فان كانت سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة الى آخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى **قوله** جار لما بينا ان العلة هي الشركة في العقار فبالشركة في الخشبة لا يكون شريكا في الدار **قوله** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء بيانه دار بين ثلثة لاحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضي بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي رح اثلاثا بقدر ملكهما وان باع صاحب السدس نصيبه قضي بينهما اخماسا وان باع صاحب الثلث قضي بينهما ارباعا وعندنا قضي بينهما نصفان في الكل وكذلك على اصلنا اذا ابعث ولها جاران جار من ثلثة جوانب والآخر من جانب واحد وطلبا الشفعة فهو بينهما نصفان **قوله** فاشبه الربح فان الشريكين اذا اشتريا شيئا بخمسة عشر درهما مثلا ومال احدهما خمسة ومال الآخر عشرة ثم باعاه فربحا ثلثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب الخمسة لان الربح تبع للمال فكان بينهما على قدر رأس مالهما والعلة بان كان حانوت بينهما اثلاثا فغلته ايضا يكون بينهما اثلاثا ★

لوانفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال يؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا نجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضي بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء *

قوله لوانفرد واحد منهم استحق كل الشفعة يعني ان صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان يأخذ الكل بالاتفاق كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير ان يأخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فانما اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل الا ترى ان احد المدعيين لو اقام شاهدين والآخر عشرا فهما سواء وكذلك لو ان رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات استويا في حكم القتل والترجيح لقوة في الدليل كالشريك يرجح على الجار وكجز الرقبة مع جرح الآخر فان حكم القتل يضاف الى الجاز لا الى الجارح بالاتفاق لا بكثرته لان ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا لان عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا حق صاحب القليل لا يبطل اصلا فعرفنا انه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة **قوله** وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه اى القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك كالاب له ان يتملك جارية ابنه ولا يعد من ثمرات ملكه **قوله** بخلاف الثمرة واشباهها فانها متولدة من العين فيتولد بقدر الملك اما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد (قوله)

قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده الا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرّفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه*

قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد **قال** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما فى الرجوع فى الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم

قوله لان سببها هو الاتصال على ما بيناه وهو قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار فعند عامة المشائخ سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة الى ان كلها سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا ترى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز فعلم بهذا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك فى البقعة بالشفعة بالقضاء او الرضاء **قوله** ويظهر فائدة هذا اي فائدة توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشتري الدار الى الشفيع او حكم الحاكم * (قوله)

لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلک على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم

قوله لا يورث عنه في الصورة الاولى وهي ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف يورث عنه **قوله** وتبطل شفعته في الثانية وهي ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة اتصال ملک الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل ان يأخذها فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم **قوله** ولا يستحقها في الثالثة وهي ما اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملک المشفوعة فكيف يملک بها غيرها والله اعلم *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قوله اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة سميت به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه **قوله** وهو ان يطلبها كما علم اي على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده انسان اولم يكن وذكر في المبسوط واذا علم بالبيع وهو بحضر من المشتري فالجواب واضح ان يطلبها وكذلک ان كان بحضر من الشهود ينبغي له ان يشهدهم على طلبه وكذلک لولم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغي له ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع وذكر في شرح الاقطع وانما يفعل ذلک اي يطلب وان لم يكن عنده احد لئلا يسقط فيما بينه وبين الله تعالى * (قوله)

حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما بينا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى اخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشائخ رح وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لابد من زمان التأمل كما في المخيّرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد به ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى

قوله حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت الشفعة لما بينا وهو قوله لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد وقال ابن ابي ليلى ان طلب الى ثلثة ايام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا او دلالة بمنزلة سائر الحقوق المستحقة **قوله** لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة فان لها الخيار ما دامت في مجلسها والجامع حاجة الرأي والتأمل ولان الشرع اوجب له حق التملك ببدل ولو اوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله **قوله** ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله الى قوله لا يبطل شفعته هذا على رواية ان له مجلس العلم **قوله** لان الاعتبار للمعنى ظاهر قوله طلبت الشفعة اخبار عن الطلب في الزمان الماضي وانه كذب والكذب لا عبرة به فكانه لم يطلب وكذا اذا قال اطلبها لانه عدة الا انه في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب للحال لان الخبر عن امر ماض ومستقبل حتى ان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله الرستاقي قال اذا سمع بيع ارض بجنب ارضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا (قوله)

قال وان بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان اورجل وامرأتان اوواحد عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان اوعبدا صبيا كان اوامرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ماقال في الكتاب

قوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم اراد به ماذكره في اواخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد باخواته المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر
قوله والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البائع او المشتري او الدار وطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى الظهيرية وان قصد الابعد من هذه الاشياء الثلثة وترك الاقرب فان كانوا جملة في مصر واحد فالقياس ان يبطل شفعته وفي الاستحسان لايبطل لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما ولو كانوا في مكان واحد حقيقة وطلب عند احدهم وترك الطلب عند الآخرين اليس انه يصح طلبه كذا ههنا اما لو كان الشفيع بحضرة احد هؤلاء الثلثة والآخران في مصر آخر او في رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقصد الابعد وترك الطلب عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصرا آخر او رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عند الاقرب فقد ترك الطلب مع الامكان فيبطل (قوله)

ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه اذا تركها من غير عذر وعند ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه ووجه قول محمد رح انه لولم يسقط بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة رح وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق

قوله ثم ينهض منه اي يقوم ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده واما اذا لم يكن المبيع في يده ذكر ابو الحسن القدوري والناطقي انه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام انه صحيح استحسانا وهكذا ذكر الشيخ الامام احمد الطواويسي **قوله** ووجه قول ابي حنيفة رح وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى قال شيخ الاسلام رحمة الله تعالى عليه الفتوى على قول محمد رحمه الله ان طول المدة مقدر بشهر وهكذا ذكر ايضا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله تعالى *

(قوله)

وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا **قال** واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف رح وذكر في بعض الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد *

قوله وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا فان قيل لا يشكل لان حالة الغيبة انما لا يبطل دفعا الضرر الشفيع ودفع ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشتري وفيما اذا كان حاضرا لا يتحقق ضرر الشفيع لتمكنه من الأخذ قلنا لما لم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه وهو ضعيف وعسى ان لا يطلب الشفعة فههنا وقد تقوى حقه وتقرر بالطلبين لان لا تبطل بالطريق الاولى **قوله** واذا تقدم الشفيع الى القاضي هذا كيفية طلب الخصومة التي كان وعدها قبل هذا فادعى الشرى وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا وبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بدار لي وبين حدودها فمره بتسليمها الي وانما يبين هذه الاشياء لان الدعوى انما يصح في المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء فبعد ذلك يسأله القاضي ان المشتري هل قبض الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها من البائع لا يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع لان اليد للبائع فاذا ذكر القبض ينبغي ان يساله باي سبب يدعي الشفعة وهذا لان اسباب الشفعة مما يختلف فيه العلماء بعضهم قالوا اثبت الشفعة للجار المقابل اذا كان اقرب بابا وعندنا الشفعة على مراتب فلا بد من ان يبين سببها (لينظر)

قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة *

قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى

لينظر القاضي ان ما زعمه سببا هل هو سبب وبعد ان يكون سببا هل هو محجوب بغيره واذا بين المدعي انه ليس بمحجوب بغيره يسأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال مشائخنا رح والصحيح ان القاضي يقول متى اخبرت بالشراء وكيف اخبرت بالشراء وانما اختاروا الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه وانما يسأله القاضي عن وقت الاخبار او وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي فان عند ابي يوسف ومحمد رح اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او حين اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلبت طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا بين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فان انكر ان يكون شفيعها بان كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه انكر ان يكون الدار بجنب الدار المشتراة وان يكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعي *

قوله فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما (يشفع)

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات **قال** وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري ووجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي *

قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك

يشفع به وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على ما في يد غيره هذا قول ابي يوسف رح وعن محمد رحمه الله يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشرى او غيره وهو ينكره وهناك يحلف على البتات كذا ههنا *

قوله وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى بقوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه التي ما قال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب * (قوله)

وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه *

قوله وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع اذا كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه اي يكون اشتراط حضور المشتري معلولا بعلتين بعلة انه يصير مقضيا عليه في حق الملك لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلابد من حضورهما وبعلة انه يصير مقضيا عليه في حق الفسخ كما ذكرههنا ليقضي بالفسخ عليه والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا او فسخا فلابد من حضوره **قوله** ثم وجه هذا الفسخ المذكور وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه ان ينفسخ في حق الاضافة اي في حق الاضافة الى المشتري لانه اذا اخذ بالشفعة فات باخذه القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذا يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض الا انه يبقى اصل البيع لان قول البائع للمشتري بعت ايجاب للبيع وقوله منك اضافة اليه فاذا اخذ الشفيع بالشفعة صار كان ذلك البيع اضيف الى الشفيع بعد ان كان مضافا الى المشتري فينتقض البيع في حق الاضافة اليه لا انه ينتقض اصل العقد كما اذا رمى سهما الى انسان فتقدم عليه غيره فاصابه فالرمي في نفسه لم يتبدل ولكن الارسال والتوجه على الاول قد انقطع لتخلل هذا الثاني فخرج من ان يكون مقصودا بالرمي فكذا ههنا تحولت الصفقة اليه كان العقد من الابتداء وقع معه (و)

قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجدبها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برويته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

وقال الشافعي رحمه الله العهدة على المشتري بكل حال سواء اخذها من يد البائع او من يد المشتري لان عنده حقوق العقد ترجع الى المالك *

قوله الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره اي بخلاف البائع مع المشتري فانه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشتري لان البائع ليس بنائب عن المشتري كان هذا جواب لسؤال يرد على قوله وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه وهو ان يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثم فاجاب ان الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره قبل التسليم الى الموكل **قوله** وكذا اذا كان البائع وصيا للميت اي يكون الخصم للشفيع هو الوصي **قوله** فيما يجوز بيعه ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط البائع اذا كان وصيا للميت الا ان الورثة كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجز بيع الوصي لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر لانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين او اوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان ذهب اليه ابوحنيفة رحمه الله وفي القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة (او)

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه

او بقدر الدين والوصية ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع ان يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وفي الجامع الصغير الورثة كبار حضور ولا دين على الميت ولا وصية فليس للوصي ان يبيع شيئا من التركة لانه لا ولاية له عليهم فان كانوا غيبا فله بيع العروض لا العقار لان له ولاية الحفظ وبيع العروض من الحفظ فاما العقار فمحفوظ بنفسه ويملك اجارة الكل لانه حفظ حتى لو خيف هلاكه بان كان على شط بحر ونحوه او خيف هلاك بناه يملك بيعه ايضا قال الشهيد رحمه الله لو قيل يملك لا يبعد ولو كانوا صغارا فله بيع الكل لانه قائم مقام الاب وللاب ذلك والمتأخرون جوزوا بيع الوصي بضعف القيمة اولضرورة النفقة والدين والله اعلم *

فصل في الاختلاف

قوله فصار كبينة البائع اي مع المشتري يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة البائع لانها تثبت الزيادة **قوله** والوكيل اي كبينة الوكيل مع بينة الموكل فان الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها تثبت الزيادة **قوله** والمشتري من العدو اي كبينة المشتري من العدو مع (بينة)

كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رح واما المشتري من العدو قلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى

بينة المولى القديم فان المشتري من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد الماسور واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة *

قوله كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رح فان ابن سماعة روى عن محمد رح ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقراران بحسب ما يوجبه البينتان فكان للموكل ان يأخذ بايهما شاء فاما في ظاهر الرواية فقلنا الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن **قوله** واما المشتري من العدو يعني ان المشتري من العدو والمولى القديم اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير ان البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف رحمه الله **قوله** فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول اما هنا بخلافه وهذه طريقة لابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة حكاها محمد رحمه الله والطريقة الثانية حكاها ابو يوسف رح وهي قوله ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام بيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء او ابى واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير ان شاء اخذ وان شاء ترك والملزم من البينتين مرجح وبه فارق بينة البائع مع المشتري لان كل واحدة من البينتين هنالك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل وكل واحدة منهما ملزمة فلهذا اصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي مسئلة المشتري من العدو وعلى هذه الطريقة البينة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة كذا في الباب الاول من شفعة المبسوط * (قوله)

ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن مابقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله **قال** ولوادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهران الثمن مايقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ماعرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وان كان قبض الثمن اخذ بماقال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

قوله ولان التملك على البائع بايجابه اي تملك المشتري على البائع بايجابه اي بسبب قوله بعت منك وان كان سبب التملك في حقه قوله قبلت الاان قبوله انما يصير سببا التملكه بواسطة ايجاب البائع فيكون البائع اعرف بمقدار الثمن من المشتري فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله **قوله** لان فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع يعني ان الفسخ وان كان بالقضاء لايظهر في حق الشفيع لان القاضي نصب ناظر اللمسلمين لامبطلا لحقوقهم ولان الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع ولهذا ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالاخذ بالشفعة **قوله** لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لانه اخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان فبني الحكم عليه ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع في الاخذ بما قاله فرد عليه بخلاف ما اذا اقر باستيفاء الثمن اولا لانه بذلك خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين والله اعلم بالصواب (فصل)

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بدونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم تلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم فان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته *

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قوله بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وذلك لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد فاما ان يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة او يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي الى ابطال حق الشفيع **قوله** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض عندنا وقال اهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه ولنا ان الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى **قوله** فان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل لانهما من ذوات (الامثال)

قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر رحمه الله ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضًا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل

الامثال وان اشتراها بعرض اخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في حال البقاء فصار كما لو استحق احد العبدين ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة *

قوله وان باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار وفي الذخيرة هذا اذا كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس واشباه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشرى بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشرى الفاسد **قوله** لان كونه مؤجلا وصف في الثمن يقال دين مؤجل ودين حال **قوله** وليس الاجل وصف الثمن لان الثمن للبائع والاجل حق المشتري على البائع **قوله** لما بينا من قبل اي في اواخر باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ في حق المشتري وقام الشفيع مقام المشتري في حق المشتري في حق اضافة العقد اليه وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري (قوله)

مرادة الصبر عن الأخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكرمن رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا *

قوله مرادة الصبر على الاخذ وفي بعض النسخ عن الاخذ وهو الصحيح **قوله** خلافا لقول ابي يوسف رح الآخر وجه قوله الآخر ان الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا لاعراضه عن الأخذ ووجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد يثبت بدليل انه لو اخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته **قوله** وان اشترى ذمي بخمر او خنزير قوله ذمي احتراز عن المسلم فان شراء المسلم بما ذكر فاسد لا شفعة فيه وقوله بخمرا وخنزيرا احتراز عما اذا اشترى الذمي بميتة اودم فان الشراء بهما باطل لا شفعة فيه وعن الشراء بما هو متقوم عند الكل فان الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمي **قوله** وشفيعها ذمي احترز به عن المرتد فان المرتد لا شفعة له سواء قتل في ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا يورث هذا اذا كان المرتد شفيعا واما اذا كان المرتد بائعا فقتل او مات او لحق بدار الحرب يبطل البيع ولم يكن فيه الشفعة في قول (ابي)

فصل

وان بنى المشتري اوغرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان

ابي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى شرط الخيار للبائع فلا يجب فيه الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى شرط الخيار للمشتري فيجب الشفعة به للشفيع سواء نقض البيع او تم وان اسلم المرتد البائع قبل ان يلحق بدار الحرب جاربيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه هذا التفصيل كله في المرتد واما الحربي المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع وان اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم بدارك ثم اسلم اهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من احكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب ثم في قوله وان اشترى ذمي اطلق ولم يتعرض ان المشتري دارا وبيعة اوكنيسة لان الشفعة تجري في الجميع والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله ويعطي قيمة البناء اي يضمن ارش النقصان والبناء للمشتري فالحاصل ان عند ابي يوسف رح ان شاء اخذه بقيمة البناء والغرس قائدين عليها الارض غير مقلوعين (.

وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفه رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر

وان شاء ترك وعند الشافعي رحمه الله له خيارات ثلاث اثنان ماقاله ابويوسف رحمه الله والآخر ان له ان يقلع البناء ويضمن ارش النقصان والتفاوت بين قول الشافعي رحمه الله وقولهما في الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر في التنبيه لاصحاب الشافعي رحمه الله ان للشفيع ان يقلع والمقلوع للمشتري ويضمن الشفيع ارش القلع *

قوله وصار كالموهوب له يعني ان الموهوب له اذا بنى في الارض الموهوبة ليس للواهب ان يقلع بناءه ويرجع في الارض لانه بناه في ملكه وكذلك المشتري شراء فاسدا عند ابي حنيفة رح وكما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فانه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين اي قول ابي يوسف رح انه لا يكلف المشتري قلع البناء لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بيانه انه اجتمع ههنا ضرران لانه في تكليف المشتري القلع ضرر لا جابر له ولو اوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا ان له جابرا لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والضرر ببدل اهون من الضرر بغير بدل فيصار اليه **قوله** من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الهبة والشراء الفاسد **قوله** وغيره من تصرفاته كما اذا جعل المشتري الارض مسجدا او مقبرة (قوله)

وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه * **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع

قوله وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب اي ان اخذه الشفيع بالقيمة تعتبر قيمته مستحق القلع كما ذكر في الغصب **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لانه متملك عليه اي لان الشفيع متملك على من اخذ منه فينزل الشفيع ومن اخذ منه منزلة البائع والمشتري اذا بنى واستحقت فانه يرجع بقيمة البناء على البائع ووجه المشهور ان حق الرجوع بقيمة البناء انما ثبت لرفع الغرور والبائع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا من جهة البائع ولا غرور في حق الشفيع لانه يملك على صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه فلا يرجع **قوله** لان البناء والغرس تابع وهذا لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف فكان بمنزلة العين في الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئا من الثمن اذا كان بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة الاصل دون الوصف فان قيل الطرف انما جعل وصفا من العبد ونحوه لانه لا يجوز ايراد العقد عليه مقصودا اما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جائز فيجب ان يعتبر اصلا كالعرصة ويجب بمقابلته شيء من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القلع وعند ذلك يصير اصلا اما ايراد العقد عليه وهو تبع لا يجوز لانه بمنزلة العين من العبد * (قوله

ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار منفصلا فلم يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة **قال** فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله اعلم بالصواب *

قوله ان شئت فخذ العرصة بحصتها يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن **قوله** وما كان مركبا فيه كالابواب والمفاتيح والاغلاق والسلم المركب **قوله** على ما عرف في ولد المبيعة الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ايضا ملك المشتري كامه **قوله** فاثمر في يد المشتري قيد بقوله في يد المشتري لانه اذا اثمر في يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشتري له حصة من الثمن كما اذا كان موجودا في وقت الشراء **قوله** في الفصلين جميعا اي في فصل ما اذا كان في النخيل ثمر حين وقع الشراء ثم جده المشتري وفي فصل ما اذا لم يكن في النخيل ثمر ووقع الشرى على الارض والنخيل فاثمر في يد المشتري ثم جده المشتري لا يأخذ الشفيع الثمر في الفصلين **قوله** وهذا جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر والله اعلم بالصواب (باب)

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقارا وربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبير والطريق **قال** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه

قوله الشفعة واجبة في العقار وهو كل ماله اصل من دار او ضيعة والربع الدار حيث كانت في المصر والقرى **قوله** وما لا يقسم هو الحمام والرحى والبئير والطريق اي لا يحتمل القسمة اي لو قسم قسمة حسية لا ينتفع بها كالحمام والرحى اي بنيت الرحى مع الرحى **وقال** الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم والخلاف بيننا وبينه راجع الى اصل وهو ان من اصل الشافعي رحمه الله ان الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال احد الملكين بالآخر على وجه التأبيد والقرار **قوله** الا في ربع او حائط في **المغرب** الحائط البستان واصله ما احاط به **قوله** بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة يتعلق بقوله ولا شفعة في البناء والعلو مجرد بناء فكان ينبغي ان لا يكون فيه شفعة الا انه التحق بالعقار * (قوله)

اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار *

قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة

قوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في السفل هذا البيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدما على الجار كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق اولى من صاحب الدار التي عليها العلو لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار **قوله** والمسلم والذمي في الشفعة سواء وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للذمي لان الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة وهو الكافر ولكن ناخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ثم اهل الذمة قد التزموا احكام الاسلام فيرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر عن الشفيع والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين **قوله** والصغير والكبير اي سواء وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستأجر ولكنا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا اليه ذلك في الحال وكذلك تثبت الشفعة عندنا للجنين ايضا **قوله** والعبد اذا كان مأذونا وهذا اذا كان بائع الدار غير المولى فالمسئلة مجري على عمومها اما اذا كان البائع (مولى)

على ما مر قال ولا شفعة فى الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او مايضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره

مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة اذا كان عليه دين والا فلا وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه *

قوله على ما مر اي في فصل مايؤخذ به المشفوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته قوله لان هذه الاعواض متقومة عنده اي عند الشافعي رح لان التقوم حكم شرعي والشرع جعل هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء الا يرى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع متقومة عنده كالاعيان فاذا جعل الدار عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فله ان يأخذ بقيمته وهو مهر المثل كما لو اشترى بعبد وقول الشافعي رحمه الله انما يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا لانه لا يرى الشفعة بالجوار قوله او مايضاهيه اي مايضاهي المهر كبدل الخلع والاجرة اذا جعل شقصا من دار بدل الخلع والاجرة ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها ضروري الحجة عليه فى الثلثة الاول ان تقوم منافع البضع بالعقود ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وهذا لان المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح

في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة

لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطره واعظاما لقدره وصونا لهذا العقد عن التشبه بالاباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع وكذا المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا يضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب وانما يظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس ان كل واحد من العتق والدم ليس بمال فضلا ان يكون متقوما اما العتق فلانه ازالة واسقاط واما الدم فلانه ليس من جنس الاموال وايجاب الدية لصيانته عن الاهدار *

قوله في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية فان قيل الدار يضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد يضمن بالقيمة قلنا بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالية الا ترى ان من اتلف ثوب انسان او قلع بناء دار انسان يضمن قيمتهما ولا ذلك الا باعتبار المالية وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للبس **قوله** بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل يعني تجب الشفعة فان قيل كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل قلنا جاز ان يكون معلوما عندهما ولانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة فلا يفسد البيع **قوله** فلا شفعة في جميع الدار اي في شيء من الدار *

(قوله)

حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه **قال** او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا . بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة . اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه *

قوله حتى ان المضارب اذا باع دارا فيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح اي في حصة ربح المضارب لكونه تابعا صورته اذا كان رأس المال الفا فاتجر المضارب وربح الفا ثم اشترى بالفين دارا ورب المال شفيعها ثم باع الدار بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل فكذا في حصة الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار له اخرى فله ان يأخذ الشفعة لان شري المضارب وان وقع له ولكن في الحكم كانه مال ثالث الا يرى انه لا يقدر ان ينزعه من يده فيكون له وذكر محمد رح في المسئلة الاولى وليس اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من جهته الا ترى ان رجلا لو رهن من آخر دارا وسلط العدل على بيعها اذا حل اجل الدين حتى يستوفي الدين من الثمن لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع وان باعها العدل والراهن شفيعها بدار له اخرى لم يكن للراهن ان يأخذها بالشفعة لان العدل وكيل الراهن بالبيع مع ان الراهن لا يملك نهيه عن البيع **قوله** اذا لم يكن من جنسه اي من جنس حقه اذ لم يكن الصلح على بعض المدعى به لانه حينئذ يكون آخذا عين حقه في زعمه فلا شفعة * (قوله)

قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع **قال** ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري

قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يريد به قوله ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا **قوله** ولا بد من القبض وهذا عندنا خلافا لزفر رح فانه اذا وهب لرجل دارا على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وبعد التقابض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر رح تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء وبمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين **قوله** والشفعة تبتني عليه اي على زوال ملك البائع على ما مر اي في اوائل كتاب الشفعة في قوله والشفعة تجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار **قوله** واذا اخذها في الثلث انما قيد بالثلث لتكون المسئلة على الاتفاق **قوله** وجب البيع اي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بشرط الخيار لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ من الاصل فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا ليس ما قاله بل انفساخ من الاصل فكان السبب منعدما في حقه من الاصل * (قوله)

وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

قوله وفيه اشكال اوضحناه في البيوع وهو قوله ومن اشترى على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى ان قال وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة والاشكال ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستأجر والمستعير والجواب ان المشتري صار احق بها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره **قوله** وبعد القبض لاحتمال الفسخ لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ لانه صار اخص به تصرفا وفي الفساد ممنوع عنه **قوله** فان سقط الفسخ بان باع المشتري من آخر (و)

قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما ولا يتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا اسقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع الثاني ويأخذه بالبيع الاول بقيمته فان قيل اذا نقض البيع الثاني صار كان لم يكن فيعود حق البائع في النقض فلا يكون للشفيع حق الاخذ كما قبل البيع الثاني لانه منتقض من الاصل قلنا ان البيع الثاني صحيح مزيل لملك المشتري فانما ينتقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح ان يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة لان انتقاض البيع الثاني انما كان لحق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة *

قوله لان قبله فسخ من الاصل اي قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه او قضاء قاض.

قوله ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة في الكافي للنسفي رحمه الله (وصحيح).

باب ماتبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم **قال** وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض

وصحح شمس الائمة السرخسي الرواية بالفتح ايضا وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء او برضاء وبه قال بعض المشائخ رحمهم الله والله اعلم *

باب ماتبطل به الشفعة

قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم اي طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ احد فمه او لم يكن في الصلوة **قوله** ليس بحق متقرر في المحل احترز به عن القصاص بل هو مجرد حق التملك ولا تعلق له بالمحل وانما يظهر اثره في فعله والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجب رد العوض ويبطل الحق في الشفعة **قوله** ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى بيانه انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه يسقط شفعته وان لم يسقط المشتري شفعته فيما اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز وانما قلنا هذا شرط جائز لانه شرط ملائم يمكن تحققه حتى لو تراضيا على ذلك يسقط حق كل واحد منهما في الشفعة واسقاط الشفعة بالعوض المال شرط فاسد لانه (غير)

والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رح تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاءه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه

غير ملائم لانه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوة واذا لم يتعلق يبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع الشفعة من البائع او من المشتري بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وهذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعتق لان ذلك كله ملك متقرر في المحل اما ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا القصاص لانه ملك المحل في القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ورضاء فكان اعتياضا عن ملك في المحل فيصح * **قوله** والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية اي تبطل الكفالة ولا يثبت العوض وهو الاصح وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة والفرق ان الشفعة تبطل بالاعراض بخلاف الكفالة وفي الايضاح لا تبطل الكفالة لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فشابه الحق في المال من هذا الوجه فاذا لم يرض ببطلانه مجانا لا تبطل **قوله** وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط اي لا يورث خيار الشرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله يورث فكذلك في الشفعة وجه الالحاق به ما ذكره في الايضاح ان الثابت للشفيع حق ان يتملك فظهر اثر هذا الحق في ان يتخير بين ان يأخذ وبين ان لا يأخذ والارث لا يجري في الخيار وفي المبسوط وان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق ان الوارث تقوم مقام المورث فان حاجة (الوارث)

وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري و وصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري

الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشية لا يجري فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين ان يأخذ ويترك *

قوله وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه بخلاف موت الشفيع فان السبب الذي كان يأخذ به الشفعة يزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط ولهذا لو باع ملكه قبل ان يأخذ المشفوع لم يكن له ان يأخذ بالشفعة فكذا اذا زال بموته والثابت للوارث جوار او شركة حادث بعد البيع فلا يستحق به الشفعة **قوله** ولهذا يزول به اي بالبيع وان لم يعلم بشراء المشفوعة وان لم يكن اعراضا فلان يزول مع كونه اعراضا اولى **قوله** كما اذا سلم صريحا اي اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشتري حاضرا او غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق **قوله** وابرأ عن الدين وهو لا يعلم اي لو ابرأ رب الدين المديون وهو لا يعلم بان له عليه دينا يصح الابراء **قوله** لان الاول اي من باع (او)

قال وانا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهو دراهم او دنانير

او بيع له بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع اما البائع فلانه بائع حقيقة واما الوكيل فتمام البيع به ايضا لانه لولا توكيله لما جاز بيعه وكذا تمام البيع باجازة من شرط له البائع الخيار وضمان الدرك تقرير للبيع فكان ضامنا منه كالبائع ومن ابتاع او ابتيع له واجازه ناله الشفعة لان الاخذ بالشفعة ضرب من الشراء فلا يناقض كونه مشتريا فلا يصير ساعيا في نقض ما تم منه ولان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتراة فلا يكون ابطالا للشفعة واما البيع فاظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة *

قوله او بحنطة او شعير قيمته الف او اكثر فتسليمه باطل وتعليله بقوله او لتعذر الجنس الذي بلغه يدل على انه لو كانت قيمة الحنطة او الشعير اقل من الالف يبطل التسليم ايضا وفي الذخيرة فلو اخبر ان الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو اخبر ان الثمن الف درهم ثم ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال **قوله** بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر اي لا يبطل تسليمه وفي الذخيرة ولو اخبر ان الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه شيء آخر من ذوات القيم بان اخبر ان الثمن دار فاذا الثمن عبد فجواب محمد رحمه الله عليه انه على شفعته من غير فصل قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما اخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع انما ياخذ الدار بقيمة الثمن دراهم او دنانير فكانه اخبر ان الثمن الف درهم او مائة دينار فسلمه ثم ظهر ان الثمن مثل ما اخبر او اكثر وهناك كان التسليم صحيحا ولا شفعة له ولو ظهر انه اقل مما (اخبر)

وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية **قال** واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه *

اخبر به كان على شفعته كذا ههنا فلو كان على العكس بان اخبر ان الثمن عبد قيمته الف درهم او ما اشبه ذلك من الاشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر ان الثمن دراهم او دنانير فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل وبعض مشائخنا قالوا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر اما اذا كان مثل قيمة ما اخبر او اكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المسائل المقدمة لانه وان كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقوم الشيء بالظن يكون دائما وانما سلم حتى لا يصير مغبونا وهذا المعنى ينعدم اذا كان الثمن دراهم *

قوله وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس وذكر الاختلاف في الاسرار بين علمائنا الثلثة قال اذا قيل للشفيع الشراء بالف درهم فسلم فاذا بدنانير يساوي الفا كان له ان يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله بطلت شفعته استحسانا لانها جنس واحد في حق التجارات وضمانها وجه القياس ان الانسان قد يتيسر عليه الشراء باحدهما دون الآخر والرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالآخر وان كان الجنس واحدا فانه لو رضي بدراهم جياد فاذا هي غلة كان له الطلب **قوله** وفي عكسه لا شفعة اي لو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فلا شفعة له وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ان تاويل هذه المسئلة انه ظهر انه اشترى النصف بثمن الكل اما اذا ظهر انه اشترى النصف بنصف الثمن فله الشفعة **قوله** في ظاهر الرواية احتراز (عما)

فصـــــــــــل

قال اذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا **قال** واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بالثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به

عما روي على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليما للنصف لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد يتمكن من البعض فاما اذا سلم الكل في البعض فقد عجز عن اداء ثمن البعض فيكون عاجزا عن الكل بالطريق الاولى *

فصـــــــل

قوله وسلمه اليه لما بينا اي لانقطاع الجوار **قوله** فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني وفي المستصفي شرح النافع للعلامة النسفي تأويل المسئلة اذا بلغه بيع سهم منها فرده اما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيقدم عليه يقتضي الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب **قوله** فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما والباقي بالباقي فلا يرغب الجار في الاول لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقي لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار **قوله** فيتضرر به اي يتضرر مشتري الثوب الذي هو بائع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار ولا يتمكن البائع من رد الثوب الا برضا المشتري فعسى لا يرضاه * (قوله)

يا *

والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحقت المشفوعة يبطل الصرف فيجب
رد الدينار لا غير **قال** ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد لان
الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق
فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة *

قوله والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحقت المشفوعة تبين ان [illegible]
لانه تبين انه لم يكن في ذمة المشتري الف ثمن الدار فلم يصر قابضا في المجلس [illegible]
فتبطل الصرف فلا يلزمه الا رد الدينار فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة دين [illegible]
ان لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هنا بخلاف ما اذا دفع الثوب بمقابلة ما في ذمته من الدين
وهو اضعاف قيمة الثوب فلو استحقت الدار المشفوعة يرجع المشتري بثمن الثوب على بائع
الدار لان باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعه
في الثوب ويثبت باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع فيتضرر بذلك بائع الدار
ولا يقال باستحقاق الدار المشفوعة يعلم ان بيع الثوب كان بلا ثمن فيكون البيع فاسدا فلا يتضرر
مشتري الثوب لانه لا يطالب بثمن الثوب لانا نقول البيع يحتاج الى ذكر الثمن لا الى وجوده
ولهذا قلنا لو باع عبدا بما عليه من الدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع في العبد **قوله**
ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله اعلم ان الحيل في هذا الباب على
نوعين نوع لاسقاطها بعد الوجوب وذلك ان يقول المشتري للشفيع انا ابيعها منك ان
اخذت لك فلا فائدة لك في الاخذ بالشفعة فيقول الشفيع نعم ويقول المشتري للشفيع اشتر
مني بما اخذت فيقول الشفيع نعم ويقول اشتريت فيبطل به شفعته وانه مكروه بالاجماع ونوع
يمنع وجوبها ونوع يرجع الى تقليل الرغبة فيها وانه لا يكره عند ابي يوسف رح ومما يرجع الى
منع وجوب الشفعة ان يهبه البائع بيتا معلوما من الدار بطريقه او موضعا آخر معلوما من الدار
بطريقه فيجوز الهبة لان ما وهب مقدار معين والطريق وان كان مشاعا الا انه لا يحتمل القسمة
وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة فيصير شريكا في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن (١)

مسـائل متفرقة

قال اذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احدهم ... فيصير اولى من الجار الا ان هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ولا تصلح لدفع الشريك في الدار ومن الحيلة ايضا ان يستأجر صاحب الدار من المشتري ثوبا يلبسه يوما الى الليل بجزء من مائة جزء من الدار التي يريد بيعها ثم يصبر حتى يمضي اليوم او يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء للحال ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار الشفعة لا في الجزء الاول لانه ملكه بعقد الاجارة ولا في الجزء الثاني لان المشتري شريك في الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار واما التي يرجع الى تقليل الرغبة فهي مثل ما ذكر من بيع عشر الدار من المشتري بتسعة اعشار الثمن ومنها ان يبيع البناء من الدار من المشتري بثمن قليل ويبيع الساحة بثمن كثير فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء لانه نقلي ولا يرغب في الساحة لكثرة الثمن وذكر الامام شمس الائمة السرخسي في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل فقال والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصد به الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف فاما عند محمد رحمه الله فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة *

مسـائل متفرقة

قوله ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح وروى الحسن (عن)

بمنزلة احد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع

عن ابي حنيفة رح انه فرق فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ نصيب احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد بخلاف ما بعد القبض لانه لم يبق يد البائع ويقع التملك على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه فلا تفريق *

قوله بمنزلة احد المشترين يعني ان احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن فليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذلك الشفيع ليس له ان يأخذ نصيب احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن بحصته حتى يؤدي المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع **قوله** لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن وفي الذخيرة ولو كان البائع اثنين واشترى المشتري نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما وان كان يلحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة ثم بيان تفريق الصفقة واتحادها ذكر الامام التمرتاشي محالا الى الجامع اذا اتحد العاقد والعقد والثمن يتحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقد بان كان البائع او المشتري اثنين بان قال للمشتريين بعت منكما وقالا بعنا منك لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بان قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا او قال المشتري ذلك وان تفرق الثلثة يتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد واتحد العاقد بان قال بعتك هذا بكذا وبعتك هذا بكذا يتفرق الصفقة وان اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن ففي بعض المواضع يتفرق الصفقة لرجحان حيثية التفرق وفي بعضها لا فيل الاول قياس والثاني استحسان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله *

(قوله)

لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر *

قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له **قال** وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا

قوله لان القسمة من تمام القبض لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص **قوله** والشفيع لا ينقض القبض اي اذا قبض المشتري المبيع يأخذ الشفيع من المشتري ولا يملك ان ينقض قبض المشتري المبيع فيرده الى البائع ويأخذ منه لتكون العهدة عليه فكذا لا ينقض قسمته لانها من تمام القبض **قوله** وقاسم المشتري الذي لم يبع اي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبع كان للشفيع نقضه لان هذه القسمة لم تجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة **قوله** ثم اطلاق الجواب في الكتاب وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري * (قوله)

وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح والله اعلم *

قوله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل طلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح اي يصح عند ابي حنيفة رحمه الله في مجلس القاضي ومطلقا عند ابي يوسف رحمه الله ولا يصح عند محمد رحمه الله هذا هو الصحيح وقيل لا يحفظ جواب ابي يوسف رحمه الله الآخر فيه اذا سلم الوكيل الشفعة والصحيح ان تسليمه كاقراره **قوله** وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم هذا هو الاصح **قوله** وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رح كذا في الهداية وذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخال شيء في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعري عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

كتاب القسمة

القسمة هي جمع النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ (قال الله تعالى) لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ والسنة فقد باشرها النبي عليه السلام في الغنائم والمواريث واجماع الامة وركنها الفعل الذي يقع به الافراز كالكيل والوزن والعدد والذرع في الكيلي والوزني والعددي والذرعي وشرطها ان لا يتبدل المنفعة بالقسمة ولا يفوت لانها لافراز ما لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقي المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه فاما اذا تبدل يكون تبديلا لا افرازا وانها لا ينفك عن المبادلة والافراز لانه ما من جزء الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة الا ان معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين ابعاضها ومعنى المبادلة اظهر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كأنه اخذ حقه * (قوله

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم *

قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم *

قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء جواب لسوال يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وفي المعني فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبي عليها اي في غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان الشريكين اذا اقتسما دارا او ارضا بينهما وبنى احدهما في نصيبه بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بنى فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء ولو كان الرجحان لجانب المبايعة ليثبت الغرور كما لو اشتري قلنا الجبر على هذه المبايعة باعتبار حق مستحق للغير الا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم اليه مبايعة لحق الشفيع الا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين فجريان الجبر عليها لا ينفي كونها مبايعة واما الثاني قلنا انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر الى هذه المبايعة لانه يحتاج الى تخليص حقه ومنع صاحبه عن الانتفاع بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبايعة فيكون مضطرا الى هذه المبايعة لاحياء حقه والجبر كما يثبت بالاكراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق كصاحب العلو اذا بنى السفل واذا كان مجبرا على هذه المبايعة لا يثبت فيها حكم الغرور كالشفيع اذا اخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي *

(قوله)

قال وان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا ماموناً عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وذلك بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه **قال** ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر **قال** واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر الانصباء لانه مونة الملك فيتقدر بقدره

قوله وان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر وفي الذخيرة ويجوز للقاضي ان يأخذ على القسمة اجرا ولكن المستحب له ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفرض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفرض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها يستفاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك الاجنبي ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها **قوله** وابعد من التهمة اي تهمة الميل الى احد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة **قوله** عدلا ماموناذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة **قوله** ولو اصطلحوا فاقتسموا اي الشركاء لم يرفعوا الامر الى القاضي بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات **قوله** ولا يترك القسام يشتركون اي لا تخلي القاضي القاسمين المعينين وانفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعينون بحيث لا يتجاوز امر القسمة عنهم الى غيرهم لانه لو عينهم في الاستيجار (لعل)

كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رح ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل

لعل القسام يكلفون زيادة على اجر المثل فيتضرر به المتقاسمون بل يقول انه صحي لكل واحد من القاسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الاجر فكان كل واحد منهم مانونا مجازا بالقسمة من جانب القاضي *

قوله كاجرة الكيال والوزان يعني اذا استأجر الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك سهم فالاجرة على قدر الانصباء **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت لان تمييز الاقل من الاكثر كتمييز الاكثر من الاقل وربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل اكثر لان الحساب يدق بقلة بعض الانصباء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكثير بكسر وقع فيه ولما تعارض الوجهان اعتبر نفس التمييز **قوله** وهو العذر اي العذر هو ان الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لو اطلق ولا يفصل اي لو اريد اجراء المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل انه للقسمة اولا والى صحة رواية الاطلاق مال الامام شمس الائمة السرخسي رح حيث قال في المبسوط فاما اجر الكيال والوزان فقد قال بعض مشائخنا رح هو على الاختلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام ثم قال والاصح ان اباحنيفة رحمه الله يفرق بينهما ويقول هناك انما استوجب الاجر بعمله في المكيل والموزون الكيل والوزن الا ترى انه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون اكثر من كيل عشرة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام *

وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قال** واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار اوضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة

قوله وعنه انه على الطالب روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع وقال صاحباه عليهما له ان الطالب للقسمة انما يطلبها لمنفعة نفسه والممتنع انما تمتنع لضرر يلحقه بها فلا معنى لايجاب الاجرة على من لا منفعة له **قوله** وفي ايديهم دار اوضيعة قيد بهما لانه اذا كان في ايديهم عروض اوشيء مما ينقل قسم باقرارهم بالاتفاق **قوله** وادعوا انهم ورثوها قيد به لانهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق **قوله** الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وذلك لان حكم القسمة بالبينة بخلاف حكم القسمة بالاقرار لان حكم القسمة بالبينة يتعدى الى الغير حتى لو ادعت ام ولد هذا الميت اومدبره العتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما اقامة البينة على الموت وحكم القسمة بالاقرار لا يتعدى الا ترى انه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين الا ببينة تقوم على الموت كذا ذكره في الفصل الثاني من قسمة الذخيرة *

(قوله)

وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير *

قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رح خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز *

قوله وهو مفيد جواب عن قولهما ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث فان قيل كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصلح خصما قلنا لما لم يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كما لو ادعى رجل دينا على الميت وقدم وارثا من ورثته الى القاضي فاقر له الوارث بحقه فاراد الطالب ان يقيم البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل بينته ويحكم له بدينه في جميع مال الميت لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقه وحق غيره وكذا الوصي اذا اقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره **قوله** وبخلاف المشتري روي عن ابي حنيفة رحمه الله في غير الاصول ان القاضي لا يقسمها بينهم تسوية بين الشراء والارث والفرق على الظاهر ان قضاءه بالقسمة في المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع وان لم يقسم فلا يكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث *

(قوله)

قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولابد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب *

قوله والدار في ايديهم اي في ايدي الحضور **قوله** لان فيه نظرا للغائب والصغير اي بظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير **قوله** ويصير مغرورا بشراء المورث يعني لو اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها وبالثمن على البائع كالمورث **قوله** ولا فرق في هذا الفصل اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم **قوله** كما اطلق في الكتاب وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة على الارث وانه مخالف لما ذكره في المبسوط لانه قال في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وكذلك (ان)

قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصِما ومخاصَما وكذا مقاسِما ومقاسَما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا

ان كان اودع ما كان في يده منها رجلا حتى غاب لان المودع امين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغائب بحضور امينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا اقامت البينة قبلها القاضي لانها تقوم لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصما عنه وينتصب بعضهم خصما عن بعض فقلما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينة ولم يقسمها لمكان غائب او صغير ادى الى الضرر والضرر مدفوع وذكر في فتاوى قاضيخان في رواية انه لا يقسم وان قامت البينة ما لم يحضر الغائب هي رواية الجامع فكان قوله في الكتاب هو الصحيح احترازا عن رواية المبسوط وغيره في انه يقسم اذا قامت البينة *

قوله لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يحتاج الى اقامة البينة وقوله مقاسما ومقاسما هذا عندهما لانه لا يحتاج الى اقامة البينة عندهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وفي الذخيرة فاذا كان بعض الورثة حضورا والبعض غائبا والدار كلها او بعضها في يد الغائب وطلب الحاضر القسمة من القاضي واقام البينة على الميراث فان كان الحاضر واحدا فالقاضي لا تقبل بينته ولا يقسم الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي ينتصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه ظاهر الرواية ان التركة قبل القسمة ان بقيت على حكم ملك الميت من وجه صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة يعد العتق في نصيبه وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفق بنصيبه وبنصيب شركائه والحاضر بدعوى القسمة كما يدعي ازالة ما بقي من ملك الميت يدعي على شركائه قطع الارتفاق بنصيبه فلان جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث (انه)

ولوكان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه *

فصـــــل فيما يقسم ومالا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه

انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك وليس كما لو ادعى اجنبي دينا على الميت وليس للميت وارث ولا وصي فان القاضي ينصب عنه وصيا لان ذلك دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب وصيا عن الميت اما ههنا بخلافه *

قوله ولوكان الوارث الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وانما ينصب القاضي عن الصغير وصيا اذا كان حاضرا اما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا لان القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب الا لضرورة ومتى كان المدعى عليه صبيا لووقع العجز عن جوابه لم يكن عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضي خصما عنه في حق الحضرة فلم يصح الدعوى لانها لا يصح من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر لان الدعوى يصح عليه لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب فينصب خصما يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب واحدا في الامرين جميعا *

فصـــــــل فيما يقسم وفيما لا يقسم

قوله عند طلب احدهم على ما بينا اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره *

(قوله)

فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص رح على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر *

قوله فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكر الخصاف رحمه الله وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الكثير **قوله** وذكر الجصاص على عكس هذا اي لو طلب صاحب القليل قسم ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم وذكر في بعض النسخ الخصاف مكان الجصاص والاصح هو الجصاص لان الاول قول الخصاف **قوله** وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة قسم والوجه قد اندرج فيما ذكرناه وما ذكر لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه وقوله والآخر يرضى بضرر نفسه **قوله** والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وهو قوله وان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم ووجه الاصح هو ان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل الا ترى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة **قوله** وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما فان قيل يشترط لصحة القسمة ان ينتفع بالمقسوم كما كان قبل القسمة قلنا ذلك شرط الجبر عليهما لا شرط القسمة بالتراضي اذ ذلك الشيء حقهما فلهما ان يفعلا به ما شاءا * (قوله)

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثيرا وقليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع

قوله ويقسم العروض اي جبرا اذا كانت من صنف واحد **قوله** ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا اي لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون وكذلك في البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلا **قوله** ولا يقسم الاواني اى التحقت الاواني بالاجناس المختلفة بسبب الصنعة وان كان اصلها واحدا كالاجانة والقمقمة والطست المتخذة من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي بعضها في بعض **قوله** ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف وفي المبسوط وان كان الذي بين الشركاء ثوبا زطيا وثوبا هرويا ووسادة وبساطا لم يقسم الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة يكون القسمة بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يملك على نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما ملّكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفي المعاوضات لا بد من التراضي **قوله** ولا يقسم ثوبا واحدا اي عند طلب احد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة على ضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جمعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر (وقد)

ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابوحنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعنى الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس

وقد قال بعض مشائخنا لا يفعل القاضي ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف كذا في المبسوط* **قوله** ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا اي لانه لا تتحقق الا بالقطع لانه لا يمكن التعديل الا بالقطع او بزيادة دراهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدراهم في القسمة جبرا لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح **قوله** بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب بان يكون قيمة احد الاثواب دينارا وقيمة الآخر دينارا ونصف دينار وقيمة الآخر دينارا وثلثة ارباع دينار فيأخذ احدهما ثوبا قيمته دينار وربع دينار والآخر ثوبا قيمته دينار وثلثة ارباع دينار فبقي الثوب الذي قيمته دينار مشتركا بينهما بعد الذي اخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلثة ارباع دينار وثلثة ارباعه للآخر وهذا لانه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض لان كل واحد منهما يتفرد بثوب ويبقى الشركة في ثوب وذلك جائز اذا لم يكن ضيره مثل ان يقسم الضيعة وترك النهر على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض **قوله** وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس يعني ان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا واناثا الا ترى ان الرقيق يثبت في الذمة مهرا ولا يثبت في الذمة سلما كذا في سائر الحيوانات فكذا في القسمة **قوله** وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من (يصلح)

الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف الغنائم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة *

يصلح للفروسية والخياطة والكتابة فمتى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا فلم يصر مستحقة كقسمة الحمام والاجناس المختلفة *

قوله الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد حتى اذا اشترى شخصا على انه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد بخلاف سائر الحيوانات وحاصله ان الرقيق اذا كان بين اثنين فهو على وجوه ان كان مع الرقيق دوابا وعروض اوشيء آخر قسم القاضي الكل في قولهم وان لم يكن مع الرقيق شيء آخر فان كان ذكورا اواناثا لا يقسم الا برضاهم وان كان الكل ذكورا اواناثا وطلب بعض الورثة قسمتها وابى البعض اوابى احد الورثة لا يقسم القاضي بينهم في قول ابي حنيفة رح ولا يجبرهم على ذلك وقال صاحباه يقسم ويجبرهم على القسمة والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجبار على قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شيء آخر وهو محل لقسمة الجمع كالغنم والشاة فيقسم القاضي الكل قسمة جمع وكان ابوبكر الرازي يقول تاويل هذه المسئلة انه يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم والاظهر ان قسمة الجبر يجري عند ابي حنيفة رحمه الله باعتبار ان الجنس الآخر الذي هو مع الرقيق يجعل اصلا في القسمة وحكم القسمة جبرا ثبت فيه فيثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف * (قوله)

قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا **قال** واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد *

قوله لا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الى قوله بخلاف التراضي على ما بينا اشارة الى ما ذكره في اوائل هذا الفصل فان كان كل واحد يستضر به لصغره لم يقسمه الا بتراضيهما **قوله** وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة اي عندهما للقاضي ان يقسم بعضها في بعض كما في الدور وعند ابي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة لانها يتفاوت فيما هو المقصود منها من العلو والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والاجناس المختلفة **قوله** كما هو الحكم فيهما في الثوب اي في الوكالة والتسمية في المهر اي لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح التوكيل كما لو وكله بشراء ثوب وكذا لو تزوج امرأة على دار لا يصح التسمية كما لو تزوج على ثوب **قوله** تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى وضع المسئلة في الكتاب في دور مقيدة بكونها (في)

قال وان كانت دارا وضيعة اودارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف رح وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئله روايتان او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة *

في دور مقيدة بكونها في مصر واحد اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما كذا روى هلال عنهما وعن محمد رح انه يقسم احدهما في الاخرى ثم هي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الابرضاء الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تواجر باجرة واحدة في كل محله والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة كان في محال او في محلة لان المنزل فوق البيت ودون الدار والتحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدار اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فمضى القسمة على ذلك *

قوله وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز اي بمنافع الحانوت وهذا يدل على انهما جنس واحد بما عرف ان اجارة السكنى بالسكنى لا تجوز وكذا اجارة ارض للزراعة بزراعة ارض اخرى لا تجوز فيجعل في المسئلة روايتان **قوله** او تبنى حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة اي هما جنسان مختلفان رواية واحدة والفساد ثم لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى وفي الكافي للعلامة النسفي رح كذا ذكره في الهداية وهومشكل هذه الاشكال صدر من صاحب الكافي لانه يودي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب * (فصل)

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناها مشبعا في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل اولم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية القسمة

قوله وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اي وينبغي للقاسم تصوير ما يقسمه على قرطاس ليمكنه حفظه اذ يرفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه ان لم يأمره بالاقراع **قوله** ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى الاقل من الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وشرح ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة اسهم ولآخر خمسة ولآخر سهم واراد وا قسمتها قسمت على قدر سهامهم عشرة و خمسة و واحدة وكيفية ذلك ان يجعل الارض على عدد سهامهم وسويت وعدلت ثم يجعل بنادق سهامهم على عدد رؤسهم ويقرع بينهم (فاول)

والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام *

فاول بندقة يخرج يوضع على طرف من اطراف السهام وهو اول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب العشرة اعطاه ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك فاول بندقة يخرج يوضع على طرف من اطراف السهام الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب الخمسة اعطاه القاضي ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت البندقة عليه ويكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي اسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى يصير مستديرة فيكون شبه البندقة *

قوله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل فان قيل في الاقراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام قلنا ليس هذا في معنى القمار ففي القمار اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا اصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الالزام الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل هذه مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ وهذا لانه علم انه هو المقصود لكن لو القى نفسه في الماء ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه وقد كان علم انه احق بها منهم لان خالتها كانت عنده ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يُلْقُونَ (اَقْلَامَهُمْ)

قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لاشركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء مايساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لاتفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل *

قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستانف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين

اَقْلَامَهُمْ اَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وكان رسول الله عليه السلام اِذَا سَافَرَ اَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ مع انه لا حق لهم في القسمة حالة السفر تطييبا للقلوبهن *

قوله ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم اي لا يدخل الدراهم التي ليست من التركة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء وصورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي ذلك

قوله ودراهم الآخر في ذمته اي وقت القسمة *

وانه بجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص

قوله وانه اي البيع بجامع تعذر الانتفاع كمن اشترى جحشا صغيرا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع به المشتري فاما القسمة فالمقصود منها ايصال كل واحد منها الى الانتفاع بنصيبه واذا لم يكن له مفتح الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز وصورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر ان يفتح بابا فيما اصابه من الساحة ويسيل ماؤه في ذلك فاراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماؤه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد منهما ان له ما اصابه بكل حق له اولم يشترط ذلك بخلاف البيع **قوله** ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول اي فيما اذا امكن صرف الطريق والمسيل عنه **قوله** فكذلك الجواب اي ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق ثم المراد من ذكر الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه واما اذا قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه فانه يثبت هذه الحقوق **قوله** وفي الوجه الثاني اي فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل فيها اي لو ذكر الحقوق لان القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره اي باعتبار (تكميل)

بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لايحصل
الابادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان
يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز
بالكلية دونه وان كان لايستقيم ذلك يرفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة بماوراء الطريق

تكميل المنفعة وفيها معنى الافراز فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص اي باعتبار معنى الافراز لايدخل الطريق الذي في نصيب الآخر وذلك لان معنى الافراز لما كان مراعى في القسمة كان ينبغي ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه وان ذكر الحقوق في القسمة لانه حينئذ لا يحصل الانقطاع والافراز من كل وجه لكن في القسمة وان كان معنى الافراز ففيها معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق *
قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص اي بدون ذكر الحقوق لان كل المقصود الانتفاع وذلك لايحصل الابدخول الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر وقد ورد في مسئلة الاجارة شبهة في القسمة حيث لم يدخل الطريق والمسيل في القسمة من غير ذكر الحقوق لتصحيح القسمة حيث فسخت القسمة ودخل في الاجارة لتصحيح الاجارة فقال فان قيل نعلى هذا ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استاجر يدخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا ان هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تناوله الاجارة لكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب للآجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب والطريق توفير الشفقة عليهما فاما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة فموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما في نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضاء اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لايدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد في المختصر انهما يدخلان من غير ذكر فعلى هذا لايحتاج الى الفرق **قوله** ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة اي قال بعض الشركاء يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع

ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان تكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال ابوحنيفة وابويوسف رح انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا وغير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابوحنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابويوسف رح ذراع بذراع

قوله ولو اختلفوا في مقدار الطريق اي في وسعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك في المدخل فكذا في السلوك **قوله** والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة في غير الطريق لا فيه ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى لا طوله من حيث المشي هكذا ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه وقال ولم يرد محمد رح بذكر الطول الذي هو ضد العرض لان ذلك الطول انما يكون الى حيث ينتهون بها الى الطريق الاعظم وفائدة تسمية ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يخرج جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضاء الشركاء وان كان ارضا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لا بد لذلك من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى **قوله** واذا كان سفل لا علو له (١)

وقيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما و تفضيل السفل مرة و العلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى و وجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربوا على منفعة العلو بضعفه لانه يبقى بعد فوات العلو و منفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء و السكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رح في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة و ثلاثون وثلث ذراع

اي سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه او عليه علو لآخر وعلو لا سفل له اي علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل وعلو مشترك بينهما *

قوله وقيل اجاب كل واحد على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو **قوله** واستوائهما فابو يوسف رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنى **قوله** وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات في البلدان في ذلك فقال انما يقسم بالقيمة **قوله** ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما اي الى العلو والسفل وقيل في بعض البلدان يكون قيمة العلو اكثر من قيمة السفل كما في مكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس كما في الكوفة وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو * (قوله)

من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان
ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوى مائة من العلو المجرد ويجعل
بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل
نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابي يوسف رح ان يجعل بازاء خمسين ذراعا
من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد اومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو
عنده سواء فخمسون ذراعا من الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو *
قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رح
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على
فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى
الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير
فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رح اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض
المشائخ رح لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا
نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل
لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول
الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم *

قوله من البيت الكامل اي المشتمل على العلو والسفل لان علوه مثل نصف السفل فكان العلو
والسفل مثل مائة ذراع من السفل وموضوع هذه المسئلة انها في دار واحدة وعنده يقسم اذا كانت
في دار واحدة وان كانت في دارين فمحمولة على رضاهم بذلك الا انهم طلبوا المعادلة من القاضي
وعنده يجوز القسمة على هذا الوجه **قوله** واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان (قبلت)

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا منه في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من امر التحالف فيما تقدم

قبلت شهادتهما اي اذا كان قسمت الدار والارض بين الورثة او المشترين فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة انه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح وهو قول ابي يوسف اولا والشافعي رح الله لا تقبل وذكر الخصاف ان قول محمد رحمه الله مع قولهما *

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قوله وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء اي اقر بالاستيفاء **قوله** واليه اشار من بعد وهو قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء فيه التحالف هذا اشارة الى انه لا يقبل دعواه فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التحالف عند الاشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى الا ان التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى الا ترى انه يجري التحالف عند صحة الدعوى لوجود (موجب)

ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ماحصل له بالقسمة فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع ويويد قوله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه ماذكر في قسمة فتاوى قاضيخان في تقسيم وجوه الغلط حيث قال ومنها ان يكون المنازعة بينهما بعد مايشهد كل واحد منهما على القبض واستيفاء الحق بصفة التمام ثم يقول احدهما حقي الذي في يدك وحقك الذي في يدي او يقول قد قسمناه ولكن اخذت انا بعض حقي دون البعض لايسمع دعواه ولا خصومته بعد مااشهد على القبض والاستيفاء وفي المبسوط في باب دعوى الغلط من القسمة قال رجل مات وترك ابنين ودارا فاقتسما الدار واخذ كل واحد منهما النصف واشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا ان يقر به صاحبه من قبل انه اشهد على الوفاء يعني اقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا نقبل بينته على ذلك ولكن ان اقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعي يثبت الاستحقاق له وان لم يكن اشهد بالوفاء لم يسمع منه اقراره بالقسمة والقول قوله مع يمينه *

قوله ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن فلا معتبر به في البيع فكذا في القسمة اذا ظهر في القسمة غبن ان كان يسيرا لا يعتبر اصلا وان كان فاحشا ان كانت القسمة بقضاء القاضي تبطل عند الكل وان كانت بالتراضي لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع لا تصح لانه لا فائدة فيه فان البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل ان يقول يسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة واذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة فائتا فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رح (كان)

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع *

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابويوسف تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق

كان يأخذ بالقول الاول وبعض مشائخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني كذا في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان جعل القول الاخير اولى وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل يسمع دعواه الغلط والغبن اي بعد ما قسمت التركة بالتراضي وله ان يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي وهو الصحيح *

قوله ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة هذه المسئلة عين مسئلة اول الباب الا انها اعيدت لبناء مسئلة اخرى عليها **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحدود بان قال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبه وقال الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيبه والله اعلم *

فصل

قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار اي ذكر الاختلاف في الاسرار في استحقاق بعض بعينه كذا هنا وقع سهوا لان وضع المسئلة في الاسرار (في)

فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابوسليمان مع ابي يوسف وابوحفص مع ابي حنيفة رح وهو الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين ولهذا الان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء

في استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب احدهما شائعا لم يبطل القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن يخير المستحق عليه ان شاء رد الباقي واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقض وقال ابويوسف رحمه الله انتقضت القسمة وقول محمد رحمه الله مضطرب فابويوسف رح يقول القسمة للافراز وحين استحق جزء شائع من نصيب احدهما تبين ان الافراز كان باطلا كمالو استحق النصف من النصيبين جميعا وابو حنيفة رحمه الله يقول بان الاستحقاق لم يوجب شيوعا في نصيب الآخر فلا ينتقض القسمة كمالو استحق بيتا بعينه من نصيب احدهما *

قوله فهذه ثلثة اوجه الاول ان يستحق جزء شائع من كل الدار والثاني ان يستحق جزء بعينه والوجه الثالث ان يستحق جزء شائع من نصيب احدهم **قوله** لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر وكذلك فى نصيب الآخر لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراء ذلك البعض *

(قوله)

*

بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز وكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التبعيض وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل فلو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا *

قوله بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث اي لواحد منهم نصفه والنصف الآخر بين اثنين على السوية والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسم الاثنان على ان يأخذ احدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك وهو ثلاثة ارباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلاثة اثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة ارباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى **قوله** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة اي اذا لم يؤد الورثة الدين و (لم يبرأ)

فصـــــل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايي جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايي بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة

لم يبرأ الغرماء اما اذا اداه الورثة او برأ الغرماء جازت القسمة اعلم ان الورثة ان طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة لتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها وان كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا يقسمها ايضا بل يوقف الكل لان الدين شاغل لكل جزء من اجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول ابي حنيفة رحمه الله الاول ولكنه استحسن فقال قلما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح ان يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن ان ينظر للفريقين جميعا فيوقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت ايضا من حيث ان وارثه يقوم لحفظ نصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه مالم يصل الى صاحب الدين حقه والله اعلم *

فصـــــل في المهاياة

الهيئة هي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل فيها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة ويختارها اما المهاياة بابدال الهمزة الفا فلغة (وهي)

على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة

وهي في لسان الشرع قسمة المنافع وانها جائزة في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهي واجبة اذا طلبها البعض دون البعض وتكلموا في كيفية جوازها قالوا ان كانت في الجنس الواحد والمنفعة تتفاوت تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بها واذا طلب احدهما اجبر الآخر عليها ان لم يطلب القسمة وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهما وهذا لما ذكرنا انها قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الاعيان وهي اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ومبادلة من وجه وافرازا من وجه في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا وبعضهم قالوا بانها في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه كان ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه له وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه ولا يعتبر مبادلة بوجه ما لجوازها في الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جاز فيه لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه ينفرد احدهما بنقضها بعذر وبغير عذر ولو كانت مبادلة من وجه لما تفرد احدهما بذلك كما في الاجارة لكن الاول اصح لان العارية لا تكون بعوض وهذا بعوض لان كل واحد منهما انما يترك المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه حتى يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته وانما لم تجز النساء لان القياس ان لا تحرم النساء باحد وصفي علة الربوا لان الدين مع العين مستويان في القدر الا ان للعين فضل الجودة لما ان العين خير من الدين واجود منه وبالفضل من حيث الجودة لا تحرم عند وجود وصفي علة الربوا فلان لا يحرم عند وجود احدهما اولى الا انا اثبتنا هذه الحرمة عند احد وصفي علة الربوا بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه والمهاياة مبادلة من وجه افراز من وجه فيعمل فيها بالقياس *

قوله على ان يسكن هذا طائفة يعني ناحية من الدار وهذا طائفة اي ناحية اخرى منها * (قوله)

والتهايي في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايي في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداءة نفيا للتهمة ولو تهايئا في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها

قوله والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء انما قيد بقوله في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل افرازا لا مبادلة لانهما اذا تهايئا كانا في زمان واحد يتحقق معنى الافراز واما اذا كان التهايؤ في الزمانين في مكان واحد لا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته فكان مبادلة لا افرازا **قوله** ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة لا يشترط التاقيت كما في الاجارة لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلتحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت **قوله** لان التهايؤ في المكان اعدل لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد **قوله** وفي الزمان اكمل لانه ينتفع بجميع الدار **قوله** فان اختاراه من حيث الزمان انما قيد الاختيار من حيث الزمان (و)

ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايي فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما تكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايي على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية

ولم يطلق لان التسوية في المكان ممكن في الحال بان يسكن هذا بعضها والآخر بعضها اما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا ان يمضي مدة احدهما ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة فيقرع نفيا للتهمة وتطييبا للقلوب *

قوله ولو تهايئا في دارين اي على السكنى والغلة **قوله** وقد قيل لا يجبر عنده وهو قول الكرخي رحمه الله **قوله** وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فيه التهايؤ اصلا اي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة وبالتراضي لانه (بيع)

لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فالاولى ان يمنع الجواز

بيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما مر في الاجارات وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر ان الحرمة عند وجود احد وصفي علة الربوا ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع والمهاياة افراز من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس *

قوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره **قوله** اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وهو التهايؤ في الاستخدام الخالي عن الاستغلال **قوله** لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فاولى ان لا يجوز في العبدين ولكنهما يفرقان بين جواز التهايؤ في استغلال العبدين وبين عدم جواز التهايؤ في استغلال العبد الواحد ذكره في المبسوط وقال فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز ذلك كما في المهاياة في الخدمة وفي غلة الدارين فاما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لانه يصل احدهما الى الغلة قبل ان يصل الآخر اليه وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة احدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع عن الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لان الغالب فيها السلامة * (قوله)

والتهايي في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه مابيناه في الركوب ولو كان نخل او شجرا وغنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب لبنها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لاتبقى فتتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب *

كتاب المزارعة

قال ابوحنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل

قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة هذا جواب اشكال يرد على قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر وهو ان يقال لو كان التعليل بالتفاوت في اعيان الرقيق معولا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام فاجاب ان في الاستخدام ضرورة لانه لايمكن قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا **قوله** الحيلة ان يبيع حصته من الآخر اي من الشجر والغنم والله اعلم *

كتاب المزارعة

قوله اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع هي تقتضي فعلا من الجانبين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يوجد من احد الجانبين وانما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من الضرب **قوله** قال ابوحنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع مع انه لايجوز المزارعة بالنصف ايضا وكذا بالخمس والسدس (وغير)

فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد

وغير ذلك من المقادير عنده تبركا بلفظ الحديث وهو ما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص بالحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير *

قوله فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان الانسان قد يكون له ارض المزارعة ولا يهتدي اليها وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فتثبت الحاجة الى انعقادها لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة فان ذا المال لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابريسم فان تلك الزوائد يتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم تتحقق شركة مع انه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر فاما ههنا فلعمل المزارع تاثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان فافترقا **قوله** وله ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة من الخبير وهو الاكار لمعالجته الخبار وهي الارض الرخوة وقيل من الخبرة وهي النصيب **قوله** ولانه استيجار والدليل على انه استيجار وهو انه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استيجارا ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها **قوله** ولان الاجر مجهول اي على تقدير وجود (١)

ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر

الخارج فانه لا يعلم ما شرطه من الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل او اكثر او معدوم اي على تقدير ان لا يخرج من الارض شيء اذا اصابته آفة او ان ذلك الاجر لا يثبت في الذمة فيكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا استأجر شيئا وليس في ملكه شيء من الاجر حيث يصح الاستيجار لوجود الاجر في الذمة *

قوله ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة الخراج على نوعين خراج وظيفة وخراج مقاسمة فالوظيفة هو ان يوظف الامام كل سنة على مال كما صالح النبي عليه الصلوة والسلام مع اهل نجران على ان يودوا كل سنة الفا ومائتي حلة ستمائة في محرم وستمائة في رجب والمقاسمة هي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر على ان ما يخرج من اراضيهم نصفه للنبي صلى الله عليه وسلم ونصفه لاهلها كذا ذكره الامام المحبوبي رح في زكوة الجامع الصغير وليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز فانه عليه الصلوة والسلام ملكه غنيمة وكان ما ترك في ايديهم فضلا وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة المعلومة فلم يصلح الحديث حجة واما الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا لا يصح الاستدلال بعقد المضاربة لان معنى الشركة ثم اغلب حتى يصح بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة عقد ينعقد على محض العمل كما في شركة الاعمال فلم يكن المزارعة نظير المضاربة لان معنى الاجارة في المزارعة اغلب لاشتراط المدة فيها بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة كذا في الايضاح **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه اي فيما اذا كان البذر من قبل العامل او من قبل رب الارض * (قوله)

كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها و لظهور تعامل الامة بها و القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية

قوله كما فصلنا وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض **قوله** الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الناس بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما **قوله** والثالث بيان المدة وفي الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة بان يقول الى سنة او سنتين او ما اشبه ذلك وان بين وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة فصار ذكره ولا ذكره سواء وكذلك اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط العقد الى ما بعد الموت وعن محمد بن سلمة رح ان المزارعة من غير بيان المدة جائزة ويقع على سنة واحدة اي على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح **قوله** لانه عقد على منافع الارض اي اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل اي اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع ليعلم بها اي العقد بالمدة او المنافع على تأويل النفع بالمدة **قوله** واعلاما للمعقود عليه فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل رب الارض (فا)

والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسد اللعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما **قال** وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته اوطيانا ليطين بمرّه وان كانت الارض والبذر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز ايضا فالمعقود عليه منفعة العامل ولابد من بيان المعقود عليه لان جهالته تؤدي الى المنازعة بينهما *

قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله يعني ينبغي ان لا يشرط فيه مقدار معين لاحدهما اذ يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فلم تبق شركة على ذلك التقدير ومن شرطها بقاء الشركة **قوله** وهي عندهما على اربعة اوجه المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة لانها على ثلثة اوجه ولا الفاسدة لانها كذلك على ثلثة اوجه ولا مطلق المزارعة لانها على ستة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهو ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانما تنعقد اجارة على منفعة الارض او على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان الشرع لم يرد به فاخذنا فيه بالقياس لان الاستيجار ببعض الخارج لا يجوز قياسا واما في استيجار الارض او استيجار العامل فقد ورد الشرع به فنقول به ولما كان كذلك كان ما وجد من صور عدم الجواز هو من قبل استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج اوكان الشرط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض وغير العامل ببعض الخارج وما وجد من صور الجواز متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض الخارج وفيه ورد الاثر هذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة **قوله** كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة

لانه لوشرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهران منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم تتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه *

بابرته اي بابرة الخياط كان الاجر كله بازاء الخياطة دون الابرة فكذا هنا يكون الخارج بازاء العمل دون البقر فلم يصر مستأجرا البقر ببعض الخارج فيصح *

قوله لانه لوشرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض يجوز فكذا اذا شرط وحده اي اذا شرط البقر وحده **قوله** كل ذلك بخلق الله تعالى هذا الكلام في هذا المقام مستغنى عنه لكن فيه تنبيه على انه من اهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقام بها العمل مخلوقة لله تعالى خلافا للمعتزلة وفيه ايضا اشارة الى ان عدم المجانسة ليس باعتبار ان احدهما بخلق الله تعالى والآخر ليس كذلك على ما قاله البعض بل كل واحد منهما بخلق الله تعالى وعدم المجانسة لمعنى آخر **قوله** بخلاف جانب العمل لانه تجانست المنفعتان لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل **قوله** وههنا وجهان آخران اي فاسدان **قوله** لانه لا يجوز عند الانفراد اي انفراد البذر والبقر بان كان من احدهما البقر لا غير او البذر لا غير **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر والوجهان ما ذكرهما فاحدهما ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للآخر وذكر في المبسوط بعد ما ذكر هذا فقال بقي اشكال وهو انه اوجب لصاحب الارض اجر (مثل)

قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة على ما بينا لانه عقد على منافع العمل وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يودي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية **قال** وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرطا لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط

مثل ارضه ولم يسلم صاحب الارض ههنا الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه اجر مثله ولكنا نقول صارت منفعته اي منفعة العامل ومنفعة الارض كلها مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب اجر المثل عليه في الوجهين *

قوله الا على مدة معلومة لما بيناه اراد به قوله في بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الى آخره **قوله** وصار كما اذا شرطا رفع الخراج هذا اذا كان الخراج موظفا اما اذا كان خراج مقاسمة فهو جائزة **قوله** ما على الماذيانات والسواقي (١)

والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشائخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يودي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج

الماذيانات جميع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول فارسي معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع سافية وهي فوق الجدول ودون النهر * **قوله** والمفسد هو الشرط اى المفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذي لا يلائم العقد وهو ان يشترط التبن لغير صاحب البذر وهنا سكتا من ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسدا اعتبارا للعرف فيما ينص عليه المتعاقدان والعرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب والجواب عما قاله مشائخ بلخ ان الاصل فيها عدم الجواز لانها تثبت مع المنافي فبقدر ما وجد المجوز يعمل به وما لم يوجد فلا **قوله** والتبع يقوم بشرط الاصل اي ينبت بشرط الاصل وقد وجد شرائط صحة الشركة في الاصل وهو الحب لانهما اشترطا فيه الشركة فثبت الشركة في التبن ايضا تبعا للحب كالامام اذا دخل المصر ونوى الاقامة يصير الجندي مقيما وان لم يكن في موضع الاقامة وكذا المولى مع العبد **قوله** وان شرطا التبن للآخر اي لغير صاحب البذر فسدت لانه شرط يودي الى قطع الشركة فربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن **قوله** وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره فان قيل يشكل على هذا ما اذا استأجر رجلا باجرة هي عين فعمل الاجر وهلكت الاجرة قبل التسليم على هذا يجب على المستأجر(ا)

قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولوكان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لايزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب عليه ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ماشرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولوجمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به *

اجر المثل فينبغي ان يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وانما قلنا ان الاجر المسمى ههنا بمنزلة الاجرة التي هي عين لانه لواراد ان يعطيه الخارج من ارض اخرى لايجوز وان كان ذلك مثل نصيبه فيما زرع قلنا انما يجب اجر المثل فيما اذا كانت الاجرة عينا لوهلك قبل التسليم اما اذا هلك بعد التسليم الى الآخر لا يجب وهنا هلك بعده لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الفرع فيصير كالقابض للاجر من هذا الوجه والاجر العين متى هلك بعد قبض الاجير لا يجب شيء آخر *

قوله فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح هو احتراز عن قول بعض اصحابنا فانهم قالوا معنى قول محمد رحمه الله فعلى العامل اجر مثل الارض والبقران (يغرم)

قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة **قال** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك **قال** قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة

يغرم له اجر مثل الارض مكروبة فاما البقر لا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا اذ وجوب اجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقوم الا بالعقد ولكن الاصح ان عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر ما يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب اجر مثلها كما يجب اجر مثل الارض كذا في المبسوط *

قوله فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه اي قبل القاء البذر واما بعد القائه فيجبر لان عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد القاء البذر **قوله** لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر لانه التزم اقامة العمل وهو قادر على اقامة العمل كما التزمه بالعقد وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه فاما اذا امتنع صاحب البذر من العمل ففي الزام موجب العقد اياه ضرر فيما لم يتناوله العقد لان البذر ليس بمعقود عليه وفي القائه في الارض اتلافه كذا في المبسوط **قوله** فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره يعني بان يعطي العامل اجر مثل عمله لانه انما استعمل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض بعدما اقام هذه الاعمال من كراب الارض وحفر الانهار كان هو غارا للعامل ملحقا للضرر به والغرور مدفوع فينبغي ان يطلب رضاه * (قوله)

وقد مر الوجه فى الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض تركت الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع و يقسم على الشرط و تنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما فى الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء و لو نبت الزرع و لم يستحصد لم تبع الارض فى الدين حتى يستحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال و يخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم **قال** واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل فى المال المشترك

قوله وقد مر الوجه فى الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة والاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز **قوله** تركت الارض في يد المزارع حتى يستحصد اي يبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد ولا يثبت اجارة مبتدأة حتى لا يجب الاجر على المزارع **قوله** كما نبينه اشارة الى قوله لان المنافع انما تتقوم بالعقد الى آخره **قوله** معناه حتى يستحصد الزرع اي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما يريد ان النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع * (قوله)

وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذ بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلث لما بينا **قال** وكذلك اجرة الحصاد

قوله وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل مسئلة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في الاحكام الثلث وهي وجوب اجر الارض والاشتراك في النفقة والاشتراك في العمل حيث لم يجز اجر مثل نصيبه من الارض على العامل **قوله** فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره وبغير امر من يلي عليه فان قيل هو مضطر في هذا الانفاق لانه يحيي حق نفسه فلا يوصف بالتبرع قلنا هو غير مضطر في هذا الانفاق لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي ولانه غير مجبر على الانفاق فكان تطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا اشتريت فانفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه كان متطوعا في ذلك **قوله** لم يجبروا على العمل لما بينا وهو قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظرا له الى آخره **قوله** والمالك على الخيارات الثلث لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد *

والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة هو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباهه على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم *

قوله والرفاع وهو ان يرفع الزرع الى البيدر **قوله** وهذا الحكم اي كون اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك **قوله** وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل وقال الفقيه ابو بكر رح كان محمد بن سلمة وغيره من مشائخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويزيدون على هذا ويقولون يجوز بشرط التنقية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف فيما بين الناس كذا في الذخيرة **قوله** لانه مال مشترك سماه بعد القسمة مشتركا باعتبار ما كان او باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما كما يقال شركاء القرية واملاكهم متميزة ومتعينة الا انهم يسمون الشركاء باعتبار اتصال املاكهم بعضها ببعض والله اعلم * (كتاب)

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة (في الاشجار) والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن

كتاب المساقاة

هي مفاعلة من السقي وهي المعاملة في الاشجار ببعض الخارج منها قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر اي مشاعا باطلة وقالا جائزة وقال الشافعي ومالك رحمهما الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند مالك ان يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية والمعاملة انما يصح عنده اذا شرط النفقات كلها على العامل لانه من تمام العمل **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة اي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة وفي فتاوى قاضي خان وشرائطها منها بيان نصيب العامل فان بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما قلنا في المزارعة ومنها الشركة في الخارج كما في المزارعة ومنها التخلية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا ويقع العقد على اول ثمرة تكون في تلك السنة فان لم يخرج في تلك السنة ثمرة ينتقض المعاملة * (قوله)

*

وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة ان شرط جزء معين يقطع الشركة *

قوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر اي اذا دفع اليه رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله تعالى في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها **قوله** بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا فان من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من يزرع في الصيف واذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفا كان الانتهاء كذلك فكانت المدة مجهولة فلا يجوز **قوله** ولم يبلغ الثمر اي ولم يبلغ الغرس الاثمار حيث لا يجوز الا ببيان المدة بان يذكر سنين معلومة لانه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر فالاشجار يتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا ذلك لا يجوز **قوله** وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها اي حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها اي حينئذ لا يجوز اما اذا دفع النخيل او اصول الرطبة على ان يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة جزاز معلوم ويقع المعاملة في النخيل على اول ثمرة يخرج وفي الرطبة على اول جزة يجزها اما اذا لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز سواء قيد بذهاب اصولها او اطلق او لم يذكر شيئا وهو المراد من قوله او اطلق في الرطبة لان في كل منها جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخيل فانه (لو قيد)

وان سميا فی المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة فی الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج فی الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء فی المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلک فی الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيئ لكل واحد منهما على صاحبه **قال** وتجوز المساقاة فی النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رح فی الجديد لا تجوز الا فی الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون فی الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل فی النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه فی الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترک العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه *

لو قيد بقوله دفعتكها معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق عن ذلک فهو جائز ويقع المعاملة على اول ثمر يخرج في تلک السنة وفی المبسوط في باب المعاملة ولو دفع اليه اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يذهب اصولها وينقطع نبتها على ان الخارج بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلک النخل والشجر لانه ليس لذلک نهاية معلومة فی العادة وجهالة المدة فی المعاملات تفسد المعاملة وفی الايضاح والذخيرة ولو دفع الى رجل اصول رطبة ثابتة فی الارض معاملة ولم يسم سنة ولا اكثر من ذلک فهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد جائز وتقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما يزداد طولا بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزازة معلوما كان مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان لادراكه وقتا معلوما اذا بلغ ذلک لا يزداد بعد ذلک وان طال الزمان اما الرطبة بخلافها **قوله** فالاصل فی النصوص ان يكون (معلولة)

قال فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل *

قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالاجارة اذا فسدت

قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه

معلولة سيما على اصله فانه يقول بالتعليل ولا يشترط اقامة الدليل على ان هذا النص معلول في الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكرم باعتبار ورود الاثر فيهما *

قوله بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بينا اي اذا امتنع صاحب البذر لا يجبر عليه لان في القاء البذر في الارض اتلاف ملكه فله ان لا يرضى به وهذا لا يحتاج رب الكرم في ايفاء العقد الى اتلاف شيء من ماله فيلزم العقد من الجانبين ولا ينفرد واحد منهما بفسخه لا بعذر كسائر الاجارات **قوله** بين الخيارات الثلثة التي بيناها اي ان شاؤا جزوا البسر فقسموه على الشرط وان شاؤا اعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله بينهم وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من التمر كما في المزارعة (قوله)

وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك الى ورثة رب الارض على ما وصفنا **قال** واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر احضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها * **قال** وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان

قوله وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار جواب لان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل وفي المبسوط ولو ماتا جميعا كان الخيار في القيام عليه او في تركه الى ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له في حيوته هذا الخيار بعد موت رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق عليه وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك **قوله** لكن بغير اجر اي على العامل في معاملة نصيبه من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة **قوله** لان الشجر لا يجوز استيجاره حتى لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه اجر **قوله** بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة **قوله** لان الارض يجوز استيجارها فان من اشترى زرعا في ارض ثم استأجر (ا)

وتاويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته **قال** ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم بالصواب *

الارض مدة معلومة جاز ووجب المسمى وان استأجرها الى وقت ادراك الزرع وجب اجر المثل فاذا ظهر هذا الفرق يبتني عليه فرق آخر وهو ان العمل هناك عليهما بحسب ملكهما في الزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وهنا العمل على العامل في الكل لانه لا يستوجب رب النخل عليه اجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة *

قوله وتاويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه **قوله** وفي تخريجها طريق آخر وهو ان يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهولة فلا يجوز **قوله** وهذا اصحهما ذكر في مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة فجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل ثم قال قد بينا في المسئلة طريقين لمشائخنا رحمهم الله في كتاب الاجارات احدهما انه اشترى منه نصف الغرس بنصف الارض والآخر انه اشترى منه جميع الغرس بنصف الارض والاصح انه استأجر ليجعل ارضه بستانا بآلات نفسه على ان يكون اجره نصف البستان الذي يظهر بعمله وآلاته وذلك في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا فعلى هذا قوله في الكتاب (وفي)

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل تثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى *

وفي تخريجها طريق آخر اي طريق الشراء وان كان فيه طريقان الا ان معنى الشراء يشتملهما وطريق آخر طريق الاجارة وهو اصحهما وفي فتاوى قاضي خان رجل دفع الى رجل ارضا مدة معلومة على ان يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على ان ما يحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما جاز والله اعلم بالصواب *

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكوة الذبح اسم من ذكى الذبيحة تذكية اذا ذبحها وهي شرط لحل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله **قوله** فانها تنبئ عنها اى الذكوة تنبئ عن الطهارة قال عليه الصلوة والسلام ذكوة الارض يبسها اي طهارة الارض اي اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكوة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في الصحاح والمغرب **قوله** او دعوى كالكتابي لانه يدعي التوحيد ثم انما يحل ذبيحة الكتابي فيما اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزيرا واسم المسيح واما اذا ذكر ذلك فلا يحل كما لا يحل (ذبيحة)

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية فالذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر *

قال ولا توكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا او دعوى *

قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله **قال** والوثني لانه لا يعتقد الملة *

قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يومن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم *

ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله تعالى وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فحال الكتابي في ذلك لا يكون اعلى من حال المسلم *

قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا وهو قوله تعالى إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وهو عام يتناول المسلم والكتابي وقوله تعالى وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ والمراد به طعام يلحقه حكم الذكوة من .... تهم لانه خص اهل الكتاب بالذكر وفيما لا يلحقه الذكوة يستوي الكتابي والمجوسي كالسمك .... برة

قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية قيل معناه ان يعلم حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفي نسخة والذبحة اي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه **قوله** ويضبط اي يقدر على فري الاوداج ويحسن القيام به **قوله** فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله حتى لو تمجس يهودي او نصراني لم يحل صـ ....
ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا في الاصل وان يهود مجوسي او ينصر يوكل صيده وذبيحته كم.

قال وان ترک الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان ترکها ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالک رح لا تؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترک التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترک التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رح مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروک التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروک التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروک التسمية عامدا ولهذا قال ابويوسف والمشائخ رح ان متروک التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى اولم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي ابن حاتم الطائي رضي الله عنه انه عليه السلام قال في آخره فانک انما سميت على كلبک ولم تسم على كلب غيرک علل الحرمة بترک التسمية ومالک رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلک من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع

لو كان عليه في الاصل لانه يقر على ما اعتقد عندنا لانه صار بحيث يدعي التوحيد فلا يجوز اجباره على العود الى دعوى الاثنين فاذا كان مقرا على ما اعتقده التحق بما كان عليه في الاصل *

قوله ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة لانها لو كانت التسمية من شرائط الحل كانت مامورا بها وفي المامور لا فرق بين النسيان والعمد في العمل كقطع الحلقوم والاوداج والتكبير والقراءة في الصلوة انما يقع الفرق في المزجور كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا فاما موجب الامر الايتمار والتارک ناسيا او عامدا لا يكون مؤتمرا **قوله** والسنة وهو حديث عدي وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا ارسلت كلبک المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل فان شارک (كلبک)

كو *

والسمع غير مجري على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل *

كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعلل الحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه *

قوله والسمع غير مجري على ظاهره هذا جواب عن قول مالك رحمة الله عليه حيث احتج بظاهر قوله ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لان ذبيحة الناسي مختلفة في الصدر الاول ولم يجز الاحتجاج بينهم بظاهر النص ولو اريد به ظاهره لجرت المحاجة بينهم وظهر الانقياد من المخالفين فارتفع الخلاف بينهم فان قيل الناسي مخصوص من النص فيخص العامد بالقياس قلنا الناسي ليس بمخصوص منه لانه ذاكر تقديرا لقيام الملة مقام الذكر فان قيل فليقم الملة مقام الذكر في حق العامد ايضا قلنا اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف لا يدل على اقامتها مقامها في حق العامد وهو غير معذور ولان الناسي لا يخلو من ان يكون مرادا منه اولم يكن فان كان مرادا لا يكون مخصوصا وحينئذ يلزم ارادة العامد بالطريق الاولى وان لم يكن مرادا يلزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل فان قيل النص مجمل فانه لا يدرى انه اريد به حال الذبح او حال الطبخ او حال الاكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلنا اجمع السلف على ان المراد به حال الذبح لا سائر الاحوال فلا يكون مجملا **قوله** والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليه في حق العامد ولا عذر جواب عن قول الشافعي رح **قوله** وما رواه اي الشافعي رح وهو قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى اولم يسم *

(قوله)

قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدنها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر

قوله وهذه ثلث مسائل احدنها ان يكون موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله ان قال بالرفع يحل وان قال بالخفض لا يحل هكذا ذكر في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد رحمة الله عليه ان لا يرى الخطاء في النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها لا يحرم الذبيحة كذا في الذخيرة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغير واو فهذا على اوجه اما ان ينصب محمدا او يخفضه او يرفعه وفي كلها يحل لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدئا لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى آخر مع اسم الله تعالى * (قوله)

منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فَاذْكُرُوا اسْمَ اللّٰهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ

قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجري والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث

قوله منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما اي في قوله تعالى فَاذْكُرُوا اسْمَ اللّٰهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ وذكر في ذبائح الذخيرة قال البقالي والمستحب ان يقول بسم الله والله اكبر ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بدون الواو فان قال مع الواو يكره لانه يقطع فور التسمية **قوله** وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله وانما اعاد لفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ان محل الذبح الحلق وليس ذلك في قوله الذبح بين الحلق واللبة وهو رواية المبسوط فاطلاق هذه الرواية يقتضي ان يحل المذبوح وان وقع الذبح اعلى من الحلقوم لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح في ذبائح الذخيرة بان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم او اسفل منه لا يحل وفي فتاوى اهل سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم اكلها لانه ذبح في غير المذبح وهو الحلقوم فظهر ان رواية الجامع الصغير مقيدة لرواية المبسوط ومخالفة ما ذكر في فوائد الامام الرستغفني رح سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الرأس ايوكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر وتجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد **قوله** افر الاوداج الفري القطع للاصلاح والافراء الافساد بكسر الهمزة ههنا اليق **قوله** وهي اسم جمع واقله الثلث فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى الجمع كقوله تعالى لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ قلنا انه يصار الى الجنس اذا لم يكن (ثم)

فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي رح في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لابد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رح ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلابد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيي بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب

ثم معهود وهنا العروق التي يرد عليها الذبح معهودة معلومة فلا يصار الى الجنس ولا يلغو صيغة الجمع ولان المقصود ازالة الروح وتسييل الدماء السيالة على سبيل التوحية اذ في الابطاء زيادة تعذيب هي منهي عنها وهذا المقصود انما يحصل بقطع هذه العروق لا الفرد منها *

قوله فيتناول الودجين والمرئ اي بطريق التغليب **قوله** الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وانما قال ان النص يتناول المرئ (من)

بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة

قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لايكون بأكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلايكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بماشئت ويروى افر الاوداج بماشئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان

قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رح في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل *

من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء لان قطع مجرى النفس ابلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المريء بمجرى النفس *

قوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويحتمل ان يريد ان الاكثر من الثلث القائم مقام الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي اكثر ما شرط قطعه للحل وهو الثلث فان قيل المقطوع ايضا اكثر ما شرط قطعه للحل قلنا اعتبار الاكثر في المتروك اولى من اعتبار الاكثر في المقطوع ترجيحا للمحرم ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باق فيحرم لان المرخص ترك الواحد لا غير **قوله** كل ما انهر الدم قيل الذي ينهر الدم ويفري الاوداج لا يكون ماكولا وروي عن الشيخ الاسبيجابي رحمه الله انه سئل رسول الله عليه الصلوة والسلام عن آلة الذبح فقال كل ما انهر الدم وافرى الاوداج والعقها تركوا مقدمة الحديث هكذا ذكر هذا الحديث في غرائب الحديث ابو عبيد رضي الله عنه * (قوله)

قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع اوقطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهي ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ماذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذالان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلافائدة وهو منهي عنه والحاصل ان مافيه زيادة ايلام لايحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر مايريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الاان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح اوبعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته **قال** وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بماليس بذكوة فيها **قال** وما استانس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكوة الاختيار

قوله ان تميتها موتات ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انها يعرف مايراد بها كما جاء في الخبر ابهمت البهائم الا عن اربعة خالقها ورازقها وحتفها وفسادها فاذا كانت يعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سها انما ذلك النخاع بالباء يكون في القفاء ومنه بخع الشاة اذا ابلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع ابلغ من البخع * (قوله)

على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر وقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكوة اضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالندا اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل اكله **قال** والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره والاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه لا يحل *

قوله على ما مر اي في اول باب الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل من الاول **قوله** لما بينا وهو قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وهذا الذي ذكره فيما اذا علم ان المردي مات من عقره وجرحه وفي الذخيرة بعير تردى في بير فوجأه وجاءة يعلم انه لا يموت منها اما لا يؤكل وان كان مشكلا اكل وفي النوادر دجاجة رجل تعلقت بشجرة لا يصل اليها صاحبها فرماها قال ان كان يخاف فوتها تؤكل وان كان لا يخاف فوتها لا تؤكل وفي النوازل بقرة تعسرت عليه الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل ايضا وان كان يقدر لا يحل **قوله** في الوجهين اي فيما توحش من النعم وفيما تردى في بئر **قوله** وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم اي في القدوري **قوله** والمستحب في الابل النحر وهو قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت اللحيين *

(قوله)

قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن ابن زياد رح وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءً منها فالجرح في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى تتصور حيوته بعد موتها وعند ذلک يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو تميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر

قوله ذكوة الجنين ذكوة امه اي ذكوة الام نائبة عن ذكوة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي بيع اليتيم وانما توكل الجنين بذكوة الام عندهما اذا تم خلقه وان لم يتم خلقه لا يوكل وفي النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقاربت الولادة يكره ذبحها لان فيه تضبيعا لما في بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما يتأتى على قول ابي حنيفة رح وفيه ايضا الجنين اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يوكل وهذا التفريع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روي ان اباسعيد الخدري رضي الله عنه سأل النبي عليه الصلوة والسلام وقال انا نحر الجزور ويخرج من بطنها جنين ميت افنلقيه ام نأكله فقال عليه الصلوة والسلام كلوه فان ذكوة الجنين ذكوة امه واذا كان مذكى يحل بالاجماع اوبقوله تعالى اِلَّا مَا ذَكَّيْتُم ومن الدليل الواضح لهما انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف الحيوان لا لاكله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلک ولابي حنيفة رح انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلک يفرد بالذكوة والمراد من الحديث التشبيه لا النيابة اي ذكوة (ا)

وانما يدخل في البيع تحريا للجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق والله اعلم بالصواب *

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم

الجنين كذكوة امه وما ذكر من القصة ان اباسعيد الخدري رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يكاد يصح ولو يثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت اي مشرف على الموت قال الله تعالى إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ومعنى قوله كلوه اي اذبحوه وكلوه واما قولهم انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا قلنا اباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حيا فيذبح اولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بماكول لمقصود الجلد *

قوله وانما يدخل في بيع الام تحريا للجوازه يعني الولد انما يدخل في بيع الام كيلا يفسد بيع الام فانه لو لم يدخل في بيع الام كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الام وانه مفسد لبيع الام فيدخل الولد في بيع الام تحريا لجواز بيع الام **قوله** ويعتق باعتاقها يعني ان عتقه عند اعتاق الام بطريق السراية عن الام والسراية مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه مذكى من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكوة الاختيار ما هو خلف عنه وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود منها في افادته وهو الجرح المدمي ولهذا لو اصاب السهم الظلف او القرن فمات لا يحل لعدم الجرح واما قولهم انه يغتذي بغذاء الام قلنا لا نسلم بل يبقيه الله تعالى في بطن الام من غير غذاء ويوصل الله تعالى الغذاء اليه كيف شاء والله اعلم بالصواب *

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قوله الناب من الانسان ما يلي الرباعيات والمخلب للطير كالظفر للانسان * (قوله)

لا كل ماله مخلب اوناب والسبع كل منتهب مختطف جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام

قوله لا كل ماله مخلب اوناب فالحمامة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين والموثر في الحرمة الايذاء فهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او الخبث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما في الجلالة **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة وانما عد هذه الاوصاف ليبتني عليها قوله كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب هو ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور وفي المبسوط المراد بذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب فلما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين فسر السبع بهذين الوصفين **قوله** كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل لما ان للغذاء من الاثر في ذلك قال عليه الصلوة والسلام لا يرضع لكم الحمقاء فان اللبن يغذي والخبيث حرام بقوله تعالى وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ **قوله** ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان بنابه فلا يوكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما وما تمسك به الشافعي رح من حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيد هو قال نعم فقيل ايوكل لحمه قال نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله عليه الصلوة والسلام فقال نعم فتاويله ان صح انه كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول (قوله)

وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف **قال** ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير **قال** ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف قال ابوحنيفة رح لاباس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي رح في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لانه منها *

قوله تعالى وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما روي من الحل يحمل على انه كان قبل ثبوت الحرمة كذا في المبسوط *

قوله وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها الواحدة بغاثة وفي اوله الحركات الثلث **قوله** ولا باس بغراب الزرع وفي الذخيرة واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وانه لا يكره ونوع منه لا ياكل الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يخلط الحب بالجيف ياكل الحب مرة والجيف اخرى وانه غير مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يكره الغداف وهو غراب القيظ ويكون ضخما وافر الجناحين والفاختة توكل وكذا الدبسي بضم الدال واما الخفاش فقد ذكر في بعض المواضع انه يوكل وذكر في بعضها انه لا يوكل **قوله** واما الضب لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وروي عن عائشة رضي الله عنها انه اهدي اليها ضب فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن اكله فنهاها عنه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه فقال عليه الصلوة والسلام اتطعمين مالا تاكلين وبهذا ناخذ فنقول لا يحل اكل الضب وهو حجة على الشافعي رحمه الله (في)

قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روي عن خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمر وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر *

قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو قول مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً خرج مخرج الامتنان

في اباحته وما تمسك به الشافعي رح من حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي يعافه فلا احله ولا احرمه وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على مائدة النبي عليه الصلوة والسلام وفي الآكلين ابوبكر رضي الله عنه ورسول الله عليه الصلوة والسلام كان ينظر اليه ويضحك قلنا كان ذلك قبل ثبوت الحرمة ونهى النبي عليه الصلوة والسلام عائشة رضي الله عنها عن التصدق بالضب دليل على ان امتناع رسول الله عليه السلام من اكله كان لحرمته لا لانه كان يعافه اذ لو لم يكن كذلك لامرها بالتصدق كما امر به في شاة الانصار بقوله اطعموها الاسارى ثم الاصل انه متى يعارض الدليلان احدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر ولا يجوز اكل الحمر الاهلية وكان بشر المريشي يبيح ذلك وهو قول مالك رح وحجتهما ماروي عن عائشة رضي الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا الآية وفي الحديث الحر بن الغالب رضي الله عنه انه سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق من مالي الاحميرات فقال عليه الصلوة والسلام كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي وكل حيوان وحشيه مأكول فاهليه مأكول كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا نهي (النبي)

*

والاكل من اعلى منافعها والحكيم لايترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لاباس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد *

قال ولاباس باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من آكلة الجيف فاشبه الظبي *

قال واذا ذبح مالا يوكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما اما الآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكوة لاتوثر في جميع ذلك

النبي عليه الصلوة والسلام عن اكل الحمر الاهلية وامره بالقاء القدور يوم خيبر والقدور يغلى بلحوم الحمر الاهلية ولم يكن ذلك بعلة الطهر لانه امر بالقاء القدور وبعد ماصار لحما ليس فيه صنعة الطهر وما حرمها لانها بهيمة لم تخمس فان ما كان ماكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف والمحرم والمبيح اذا وردا فالمحرم اولى وما استدلت به عائشة رضي الله عنها من الآية لاحجة لهما فيه لانها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار وكان ذلك دليل الخصوص في هذا العام ومعنى قوله عليه الصلوة كل من سمين مالك اي بعه واستنفق ثمنه يقال فلان اكل عقاره واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لامشابهة بينهما معنى والمشابهة الصورية لايكون دليل الحل مع ان المفارقة بينهما قد صحت بالآثار لانه صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح تناول الحمار الوحشي فانه روي ان اعرابيا اهدى الى رسول الله عليه الصلوة والسلام حمارا وحشيا عقيرا او رجل حمارا وحشيا فامر ابابكر رضي الله عنه ان يقسمه بين الرفاق وقد ذكرنا نهيه عن تناول الحمار الاهلي علم بهذا انه لا اعتبار للمشابهة الصورية شرعا *

قوله والاكل من اعلى منافعها والحكيم لايترك الامتنان باعلى النعم لانه (سيفت)

لانه لا توثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكوة موثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلابد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لايفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لايجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل *

سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فان قيل انما لم يذكر لانه يفهم الاعلى بذكر الادنى بالطريق الاولى قلنا ذلك انما يصح اذا كان البيان بطريق الكفاية ومانحن بصدده من قبيل بيان النهاية الاترى الى قوله تعالى فيما سبق وَالْاَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيْهَا دِفْءٌ وَّمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُوْنَ ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير لتركبوها فلو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء آخر من المنافع فلما قال لتركبوها ثبت ان الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولان البغل حرام وان ولدته رمكة ولو حلت الرمكة لحل ولدها كولد شاة حبلت من ذئب وولد الاتان البري من الحمار ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وحكي عن عبد الرحيم الكرمني انه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرأيت اباحنيفة رح في المنام يقول لي كراهة تحريم يا عبدالرحيم واليه مال صاحب الحصر والهداية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله الكراهة في سوره كما في لبنه وقيل لا بأس بلبنه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد *

قوله لانه لايوثر في اباحة اللحم اصلا اي بطريق الاصالة **قوله** وفعل المجوسي اماتة في الشرع (لا)

قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رح وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رح انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى اُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال

لانه ليس على الوجه المشروع واختلفوا في ان الموجب لطهارة ما لا تؤكل لحمه مجرد الذبح او الذبح مع التسمية قال بعضهم مجرد الذبح وقال بعضهم بل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكوة وهي عبارة عن الذبح مع التسمية *

قوله من غير فصل اي بين صيد وصيد وقوله والحل ميتته من غير فصل بين ميتة وميتة **قوله** وما سوى السمك خبيث اي يستخبثه الطبع **قوله** فيما روي وهو الحل ميتته على السمك اي محمول على السمك مستثنى عن ذلك اي عن سائر الميتات بقوله عليه الصلوة والسلام احلت لنا ميتتان فان قيل هذا الخبر مخالف لقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ قلنا هذا الخبر مشهور مويد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب به على ان حل السمك يثبت بمطلق قوله تعالى يَاكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا وقوله اُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ قيل هو السمك الطري وطعامه المقدد منه وكذا الميتة والدم المحلى بالالف واللام معهود على ما ذكر في آية اخرى اَوْ دَمًا مَسْفُوحًا فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر *

(قوله)

قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا مامات فيه من غير آفة **قال** ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك رح لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه ويشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كُلْهُ كُلَّهُ وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي

قوله لاطلاق ما روينا وهو الحل ميتته **قوله** وعن جماعة من الصحابة وهم علي وابن عباس وابو هريرة وابن عمر رضي الله عنهم مثل مذهبنا وانه باب لا يعرف قياسا فثبت انهم قالوه سماعاً **قوله** ولا باس باكل الجريث والمارماهي وهما نوعان من السمك **قوله** والحجة عليه ما روينا وهو قوله احلت لنا ميتتان ولا يقال خص منه السمك اذا مات من غير آفة فكذا الجراد بالقياس لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي لانه في معنى الطافي من كل وجه لانه عليه السلام قال في اول الحديث ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا والمراد من الطافي ما يموت حتف انفه من غير سبب حادث بخلاف الجراد فانه نوع آخر فكان العمل بصريح نص ورد فيه اولى من العمل بقياس او بدلالة نص ورد في نوع آخر ولان موته لا بد من ان يكون بسبب فانه بحري الاصل بري المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحسر عنه الماء تصير جرادا فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع (اصله)

وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب *

اصله واذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروي ان مريم رضي الله عنها سألت ربها لحما لا دم له فرزقت الجراد وعمر رضي الله عنه كان مولعا باكل الجراد *

قوله وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وهو انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها توكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لان ضيق المكان سبب لموتها وان كانت لا يوخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب فاذا ماتت السمك في الشبكة وهي لا يقدر على التخلص منها او اكلت شيئا القاه في الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها فهو في معنى ما انحسر منه الماء وقال عليه الصلوة والسلام وما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت اما اذا ماتت بحر الماء او برده ففيه روايتان في احدى الروايتين يوكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الاخرى لا يوكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا وروى هشام عن محمد رحمه الله انه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وان كان الماء انحسر عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهو سبب لموته فتوكل كذا في المبسوط وفي الذخيرة اذا وجد في بطن السمك الطافية سمكة انها توكل وان كانت الطافية لا تؤكل عن محمد رحمه الله في سمكة يوجد في بطن الكلب انه لا باس يريد به اذا لم يتغير ولا باس باكل سمكة يصيدها المجوسي لانها يحل من غير تسمية فان المسلم اذا اخذ السمك وترك التسمية عمدا يحل وما يحل بدون التسمية فالمجوسي وغير المجوسي فيه سواء والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة و محمد و زفر و الحسن و احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي رح ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف و محمد رح سنة مؤكدة و هكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره و اظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا

كتاب الاضحية

هي ما يضحى بها اي يذبح وجمعها الاضاحي ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحاة واضحى وبه يسمى يوم الاضحى اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك *

قوله فلا يأخذ من شعره و اظفاره اي لا يأخذ المضحي من شعر نفسه واظفاره **قوله** لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية قيد بالمالية لانهما يختلفان في الوظائف البدنية فالمسافر يلحقه المشقة في الاداء بالبدن **قوله** وصار كالعتيرة وفي المغرب العتيرة ذبيحة في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام يعني ان العتيرة لما لم تجب على المسافر لا تجب على المقيم فكذا الاضحية لما لم يكن واجبة على المسافر لا يكون واجبة على المقيم والجامع كون كل واحد منهما قربة يتقرب بها الى الله تعالى وصار قوله كالزكوة لبيان الطرد وقوله كالعتيرة لبيان العكس و العكس مرجح ومؤكد للعلة *

(قوله

ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها فيفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة

قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب فان قيل اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك اربعا قبل الظهر لم ينله شفاعتي وقال عليه الصلوة والسلام من ترك سنتي لم ينل شفاعتي قلنا ذاك محمول على الترك اعتقادا والترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام ولهذا يجب المقاتلة مع جماعة تركوا الاذان وان كان الاذان سنة لان احياء السنة واجب **قوله** لان الاضافة للاختصاص اي لاختصاص المضاف بالمضاف اليه والاختصاص انما يثبت اذا وجد المضاف اليه لا محالة وانما يوجد المضاف اليه لا محالة اذا كان واجبا بالنظر الى الجنس اي جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب ولا يصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فالصوم يجوز في سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان **قوله** والمراد بالارادة جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله اي المراد بها القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا وهذا لا ينافي الوجوب اي من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل **قوله** وهي شاة تقام في رجب على ما قيل فيه اشارة الى الخلاف في تفسير العتيرة وفي الايضاح العتيرة هي ما كان الرجل اذا ولدت له الناقة والشاة ذبح اول ولد فاكل واطعم وقيل ينذر العرب فيقول اذا ابلغ شاؤه كذا وكذا فعليه ان يذبح من كل عشر منها في رجب كذا قال محمد رحمه الله كان في الجاهلية ذبائح يذبحونها منها العقيقة (و)

وبالاقامة لما بينا وباليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي

ومنها الرجبية وهي شاة تذبح في رجب فيأكلون ويطعمون ومنها العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة ذبح اول ولد فاكل واطعم وكلها منسوخ بالاضحية *

قوله وبالاقامة لما بينا وهو قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وباليسار لما روينا وهو من وجد سعة ولم يضح **قوله** وسنبين مقداره اي مقدار الوقت **قوله** وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه لانه يلي نفسه وماله **قوله** فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منها قربة مالية تعلقت بيوم العيد فكانا نظيرين من هذا الوجه وروي عنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله وجه ظاهر الرواية ان الاضحية لا تشبه صدقة الفطر من وجه آخر فان الصدقة تتأدى بالتمليك وهذا بالاراقة فيقول بالاستحباب (دون)

* لا تتأدى

ماينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة اويذبح بقرة اوبدنة عن سبعة والقياس ان لاتجوزالا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ماروي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولانص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة اوستة اوثلثة ذكره محمد رح في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم اولى ولاتجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيمالانص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لاتجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رح تجزي عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولاتجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده مايروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولوكانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعاله واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولواقتسموا جزافا لايجوز

دون الوجوب ولان صدقة الفطر اجريت مجرى المؤنة والاراقة قربة محضة بدليل انها لايتقرب بها الى العباد فلا تجب بسبب الغير بخلاف التصدق بالمال فانه كما يتقرب به الى الله تعالى يتقرب به الى العباد فلايكون قربة محضة فجاز ان تجب على الغير بسبب الغير اذا قام الدليل وقد قام الدليل على صدقة الفطر قال عليه الصلوة والسلام ادوا عمن تمونون * **قوله** ماينتفع بعينه اي ببقاء عينه كالثوب ومتاع البيت **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع حتى ان الرجل اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم تجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن **قوله** لاتجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى لعل مراده واذا اراد احدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقين الى آخره **قوله** يؤيده مايروى على كل مسلم (في)

الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولاً والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده وكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رح انه

في كل عام اضحاة وعتيرة هذا محكم وقوله عليه الصلوة والسلام على كل اهل البيت محتمل فحملناه على المحكم ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح هذا احتراز عن قول بعض المشائخ رح فانهم قالوا لا يجزيهما لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله والصدر الشهيد رحمه الله لانه لما جاز ثلثة الاسباع صار نصف السبع تبعا ووجه ذلك ان نصف السبع وان لم يكن اضحية فهي قربة تبعا للاضحية كما اذا ضحى شاة فخرج من بطنها جنين حي فانه يجب عليه ان يضحيها وان لم يجز تضحيته ابتداء *

قوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد يعني اذا كان مع احدهما بعض الاكارع ومع الآخر الجلد او بعض الاكارع او مع احدهما بعض الاكارع او الجلد حتى يصرف الجنس الى خلاف الجنس فيجوز كما في البيع اي في بيع الجنس مع الجنس جزافا اذا كان مع احدهما ومع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز **قوله** والاشتراك هذه صفته اي البيع بطريق التمول **قوله** لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع وفي المبسوط واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا باس بذلك لان بنفس الشراء لا تتعين الاضحية قبل ان يوجبها *

(قوله)

يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابوبكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية **قال** ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية الا ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة

قوله يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الى آخره **قوله** وما رويناه حجة على مالك والشافعي رح في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام اراد به قوله عليه الصلوة والسلام ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده **قوله** فيعتبر في الصرف اي في الاراقة مكان المحل اي المال لا مكان الفاعل اعتبارا بالزكوة بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر لكان محلها الذمة فاعتبرنا فيها مكان المؤدي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى * (قوله)

حتى لو اكتفوا بها اجزتهم وكذا على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رض انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر

قوله حتى لو اكتفوا بها اجزتهم يعني لا يجب عليهم الذهاب الى الجبانة ولو لم يكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب اليها وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارت بين الجواز وعدمه فينبغي ان لا يجوز احتياطا وهذا لانها من حيث كونها بعد الصلوة يجوز ومن حيث كونها قبل الصلوة التي تودى في الجبانة لا يجوز **قوله** وكذا على هذا عكسه اي على القياس والاستحسان اذا صلى اهل الجبانة دون اهل المسجد وقيل هو جائز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد صلوا **قوله** كما قالوا اي عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم **قوله** وهو الاصل اي الاصل المسارعة الى اداء القربة الا لمعارض كما في الاسفار بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه الصلوة والسلام اسفروا وابردوا **قوله** لاحتمال الغلط في ظلمة الليل اي في المذبح او في الشاة في انهاله او لغيره او بذبح شاة فان فيها بعض الشرائط **قوله** فنزلت منزلة الطواف فان الطواف بالبيت افضل في حق الآفاقي من الصلوة * (قوله)

لب *

ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية **قال** ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي * **قال** ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن *

قوله ان كان اوجب على نفسه اي شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول اضحي بهذه او يقول لله علي ان اضحي بهذه او يقول علي ان اضحي بهذه او يكون فقيرا اشترى شاة بنية الاضحية عليه ان يتصدق بها حية وان ذبح لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدق بلحمها وفضل ما بين قيمتيها مذبوحة وغير مذبوحة كذا في الايضاح **قوله** يجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية وروى الزعفراني عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يجب وهو قول الشافعي رح لان القرب انما يلزم بالشروع او بالنذر ولم يوجد واحد وانا نقول الشراء من الفقير مقرونا بنية الاضحية بمنزلة النذر ودفع النبي صلى الله عليه وسلم الى حكيم ابن حزام او الى غيره دينارا ليشتري بها اضحية فاشترى شاتين وباعها بدينارين ثم اشترى بدينار شاة فجاء بالشاة والدينار فامر النبي عليه الصلوة والسلام ان يضحي الشاة ويتصدق بالدينار ففيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى ان الاضحية لزمته لمجرد النية مقرونا بالشراء اذا تصدق بالدينار **قوله** كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والجامع بينهما ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس غير جنس الاداء **قوله** البين عرجها هي ان لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وضعا خفيفا يجوز ذكره خواهرزاده رح **قوله** التي لا تنقي اي ليس لها نقي وهو المخ من شدة العجف * (قوله)

قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما مر في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رح وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رح ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف *

قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين

قوله بقاء وذهابا اي بقاء الاكثر كبقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه ولانه عليه الصلوة والسلام شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون بينا **قوله** واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر روي عنه اربع روايات فيه والكل مذكور في الهداية **قوله** قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رحمه الله وكان يقول اولا الثلث (قليل)

املحين موجوأين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا تجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح

قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم رجع وقال الكثير النصف وما زاد على النصف كما هو قولهما وقيل معناه قولي قريب من قولك لان ابا يوسف رحمه الله اعتبر الاكثر من النصف وابا حنيفة رح اعتبر الاكثر من الثلث والثلث اقرب الى النصف من غيره *

قوله املحين موجوأين كبش املح فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود وهي من لون الملح والوجاء على فعال نوع من الخصاء وهو ان يضرب العروق بحديدة ويطعن فيهما من غير اخراج الخصيتين يقال كبش موجوء اذا فعل به ذلك **قوله** ان كان هذا يعني ان لا يكون هذا وان وقع نادرا لا يجوز **قوله** كما في نصاب الزكوة يعني اذا انتقص (١)

خلافا لابي يوسف رح لانه حصل بمقدمات الذبح **قال** والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم * **قال** ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني رح انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد *

النصاب بعد الحول ينتقص الواجب بقدره والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة حتى سقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعا فكذا في النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان *

قوله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول انه لو اخذ من فوره يكون ذلك الفعل سببا من اسباب هذا الذبح باعتبار الفور فيلحق به اما اذا انقطع الفور فالفعل الذي حصل به العيب لا يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما لو حصل بفعل آخر **قوله** والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء قيد بمذهب الفقهاء احترازا عن قول اهل اللغة وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا انه من الابل في السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة والجمع جذعان وجذاع وعن الزهري الجذع من المعز لستة اشهر ومن الضأن لثمانية اشهر **قوله** لانها هي الاصل في التبعية ذكر في الايضاح لان جانبها مرجح على جانب الفحل لانه يختلف فيها *

(قوله)

قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم تجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزي في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة *

قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلث الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا *

قوله وقالت الورثة اي الكبار منهم **قوله** ولو ذبحوها عن صغير من الورثة او ام ولد جاز اي على الاستحسان اذا كان احد الشركاء ام ولد ضحى عنها مولاها او صغيرا ضحى عنه ابوه جاز لما بينا انه قربة مالية فيجوز عن الغير والاختلاف انه ليس على المولى ان يضحي عن احد من مماليكه فاذا تبرع بذلك جاز واذا جعل شريكا في بدنة ففيه قياس واستحسان **قوله** ويأكل من لحم الاضحية وفي الذخيرة اذا نذر بذبح شاة لا يأكل منها (الناذر)

قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به مالا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطى اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا

النادر ولو اكل فعليه قيمة ما اكل القانع السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل *

قوله وذلك مثل ما ذكرنا يعني كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصعة لانه لو دبغه وانتفع به في بيته يجوز فكذا اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان للبدل حكم المبدل **قوله** كالخل والابازير جمع الابزار وهو خلط القدر كالارز والحمص وغيرهما **قوله** واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح وفي الاجناس لو اراد بيع لحم الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك وليس له في اللحم الا ان يطعم او يأكل فصار حاصل الجواب في الجلد انه لو باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز ولو باعه بشيء لا ينتفع به الا بعد ما استهلكه لا يجوز وفي اللحم لا يجوز اصلا سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه او باعه بشيء لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الجواب في اللحم كالجواب في الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز وتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وهذا هو اختيار صاحب الهداية **قوله** لان القربة انتقلت الى بدله لان معنى التمول سقط عن الاضحية فاذا تمولها بالبيع وجب التصدق كذا في الايضاح فان قيل ينبغي ان لا يجوز بيعه لقوله عليه الصلوة والسلام من باع جلد الاضحية فلا اضحية له قلنا هذا يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم * (قوله)

لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف *

قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي واشهدي اضحيتك فانه يغفرلك باول قطرة من دمها كل ذنب *

قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر رح وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية

قوله لانه في معنى البيع لان كلواحد منهما معاوضة لانه انما يعطى الجزار بمقابلة جزره والبيع مكروه فكذا ما هو في معناه **قوله** ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف اي كما يكره له الانتفاع بصوفها وهذا لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا تصرف شيئا منها الى منفعة نفسه قبل ان يبلغ محلها ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقص اللبن فلا يتاذى به الا ان هذا انما ينفع اذا كان بقرب من ايام النحر واما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانيا وثالثا بعد ما ينتقص ولكن ينبغي ان يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطب قبل ان يبلغ محله فان عليه ان يذبحه ويتصدق بلحمه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ومن اصحابنا رح من يقول بان كراهة حلب لبن الاضحية وجز صوفها في الشاة او في الناقة التي اوجبها وليست بواجبة كالمعسر اذا (اشترى)

حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه (فطبخه) او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة واذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم بالصواب *

اشترى اضحية فاما الموسر اذا عين الاضحية فلا باس بالحلب والجز لان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو واجب في ذمته ويسقط عنه بالذبح فقبل الذبح صارت هذه وغيرها سواء *

قوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر هذا في نذر الغني وشراء الفقير **قوله** ويكره ان يبدل بها غيرها اي اذا كان غنيا **قوله** اذنا له دلالة الاذن دلالة كالاذن (صريحا)

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها *

فصل في الاكل والشرب

قال ابوحنيفة رح يكره اكل لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابويوسف ومحمد رح لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف رح انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم واخذ حكمه *

قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابوهريرة رض بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب

صريحا كما في شرب ماء السقاية وذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح لان السقاية تعينت للذبح لشد الرجل فيكون راضيا بالذبح دلالة مع انه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هذا والله اعلم *

كتاب الكراهية

هي ضد الرضا والارادة لغة وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب *

قوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وذكر محمد رحمه الله في المبسوط ان ابا يوسف قال لابي حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم **قوله** يكره لحوم الاتن والبانها خص الاتن مع شمول الكراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه **قوله** يجرجر في بطنه نار جهنم في المغرب هذا محفوظنا من الثقات بنصب الراء ومعناه يرددها من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته وتفسير الازهري يجرجر اي يحدر يعني يرسل وكذا نقله صاحب القربتين واما ما في الفردوس من رفع النار وتفسير يجرجر بصوت فليس بذلك (قوله)

فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولا نه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا **قال** ولا باس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة *

قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف رح وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة

قوله وكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب او الفضة ويصب به الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الرأس لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في شرح الجامع الصغير **قوله** وفي السرير والسرج موضع الجلوس اي يتقي موضع الجلوس يقال باب مضبب اي مشدود بالضباب وهي الحديدة العريضة التي يضبب بها ومنه ضبب اسنانه بالفضة اذا شددها بها كذا في المغرب وفي الذخيرة الضبة الذهب العريض او الفضة العريضة يجعل على وجه الباب وما اشبه ذلك والمراد بحلقة المرآة التي يكون حوالي المرآة لا ما يأخذ منه المرآة بيدها فان ذلك مكروه بالاتفاق * (قوله)

ولابي حنيفة رح ان ذلک تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب فی الفص *

قال ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي اونصراني اومسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول فی المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلک لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله فی الحل اولى ان يقبل فی الحرمة

قال ويجوز ان يقبل فی الهدايا والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب فی الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولائي اليک هدية وسعه ان يأخذها لانه لافرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا

قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان ذلک تابع فلا معتبر بالتوابع وحكي ان هذه المسألة وقعت في دار ابي جعفر الدوانقي بحضرة ابي حنيفة رح وايمة عصره فقالت الايمة يكره فقال لابي حنيفة رح ماتقول قال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فقيل له ما الحجة فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر يقال ثوب مكفوف اذا كف جيبه واطراف كميه بشيء من الديباج وقد صح ان النبي صلعم لبس جبة اطرافها من الديباج **قوله** ومن ارسل اجيراله مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي اونصراني اومسلم وسعه اكله والقياس كان ينبغي ان لا يقبل قوله لانه اخبار بان هذا اللحم حلال والحل والحرمة من الديانات ولا تقبل في الديانات الا قول العدل والمجوسي ليس بعدل لانا نقول انه اخبار بالشراء من يهودي او نصراني اومسلم وانه من المعاملات وانما يثبت الحل في ضمنه وكذلک لو قال اشتريته من غيرهم اثبات الحرمة فيه ضمني فلما قبل قوله فی الشراء يثبت ما في ضمنه لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كوقف المنقول ضمنا بغير المنقول وكبيع الشرب وغيره **قوله** فی الهدايا والاذن اي فی التجارة **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء * (قوله

قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم الحكم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي *

قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح فالقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء

قوله ولا تقبل قول المستور في ظاهر الرواية وهو الذي لم يعلم عدالته ولا فسقه **قوله** جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به اي يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في الشاهد عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم يطعن الخصم والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب يعني اذا اخبره عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء لسقوط احتمال الكذب مع العدالة واما التحري مجرد ظن فيحتاط بالاراقة ان وقع في قلبه انه صادق في اخباره بنجاسة الماء ولو كان (اكبر)

لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك

اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء *

قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التحري مجرد ظن فكان فيه احتمال الخطأ وان لم يترجح احد الجانبين فالاصل هو الطهارة **قوله** ومنها الحل والحرمة اي من باب الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك اي يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة اذا لم يكن فيما اخبره بالحرمة متضمنا زوال الملك اما اذا تضمنه فلا يقبل في الحرمة وفي فتاوى قاضيخان رجل تزوج امرأة فاخبره مسلم ثقة او رجل او امرأة انهما ارتضعا من امرأة واحدة قال في الكتاب احب الي ان ينزه ويطلقها ويعطيها نصف المهران لم يكن دخل بها ولا يثبت الحرمة بخبر الواحد عندنا ما لم يشهد به رجلان او رجل وامرأتان وعلى قول الشافعي رح يثبت حرمة الرضاع بشهادة الاربع من النساء وانما يتنزه احتياطا لمكان حرمة الوطي فيطلقها كيلا تبقى معلقة فان لم يكن يطلقها ولم ينزه وسعه ذلك لان ملك النكاح لا يبطل بهذه الشهادة ولو ان مسلما اشترى لحما وقبضه فاخبره مسلم ثقة انه ذبيحة المجوسي فانه لا ينبغي للمشتري ان يأكل ولا ان يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك وحرمة العين حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد واما بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك بخلاف ما تقدم لان بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة فاذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا يثبت الحرمة واذا ثبت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع اذا لم يبطل البيع ولو ان رجلا اشترى جارية او طعاما او ورثه ميراثا او بسبب آخر فلما قبضه اخبره ثقة ان هذا لفلان بن فلان غصبه منه البائع او الواهب او المورث يستحب له التنزه عن ذلك وان لم يتنزه فهو في سعة بخلاف ما لو اخبره انه (ذبيحة)

وفيها تفاصيل و تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي **قال** ومن دعي الى وليمة اوطعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا باس بان يقعد ويأكل قال ابوحنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا

ذبيحة مجوسي يكره اكله ولايسعه لان المشهود به ثمّ حق الله تعالى لاحق العبد حتى لايزول الحرمة باباحة العبد فيثبت بقول الواحد لانه حجة فى الديانات اما الحرمة هنا لحق العباد وشهادة الفرد غير مقبول فيها كما فى النكاح كذا فى المبسوط *

قوله وفيها تفاصيل و تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي ذكر صاحب المحيط رح ان رجلا دخل على قوم من المسلمين كانوا يأكلون اللحم ويشربون الشراب فدعوه اليهم فقال له مسلم غير الآكلين ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب قد خالطه خمر فقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال بل هو حلال فانه ينظر في حالهم فان كانوا عدولا لايتلفت الى قول المخبر بالحرمة لان خبر الواحد لايعارض الجماعة فان خبر الجماعة حجة فى الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس بحجة فى الاحكام ولان الظاهر من حال المسلمين التحرز عن ذبيحة المجوسي وعما خالطه الخمر فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبرا مستنكرا فلا يقبل وان كانوا متهمين فانه يأخذ بقول ذلك الواحد ولا يسعه ان يتناول شيئا من ذلك لان خبر الواحد باعتبار حاله مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به لفسقهم ولوكان فى القوم رجلان ثقتان يأخذ بقولهما لان الحجة فى الاحكام يتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد وان كان فيهم واحد ثقة يعمل فيها باكبر رأيه فان لم يكن فيه رأي واستوى الحالان عنده فلا باس بان يأكل ويشرب ويتوضأ والمصير الى غالب الرأي للمعارضة بين الخبرين وعند المعارضة لابد من مرجح لاحد الجانبين وغالب الرأي يصلح ان يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلان يصلح مرجحا اولى وان لم يكن له رأي يتمسك باصل الطهارة فان اخبره باحد الامرين مملوكان ثقتان يأخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد فى الخبر الديني ولا يتحقق المعارضة بين الواحد والمثنى فى الخبر لانه (يحصل)

لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ الذِّكْرَى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر

يحصل من طمانينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد ولو اخبره باحد الامرين عبد ثقة وبالآخر حر ثقة عمل فيه باكبر الرأي لان الحجة لا يتم من طريق الحكم بخبر واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فيتحقق المعارضة بين الخبرين فيصار الى الترجيح باكبر الرأي وان اخبره باحد الامرين مملوكان ثقتان وبالامر الآخر حران ثقتان يأخذ بقول الحرين لان الحجة يتم بقول الحرين ولا يتم بقول المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين وان اخبره باحد الامرين ثلثة اعبد ثقات وبالامر الآخر مملوكان ثقتان يأخذ بقول العبيد وكذلك ان اخبره باحد الامرين رجل وامرأتان وبالامر الآخر رجلان يأخذ بقول رجل وامرأتين فالحاصل في جنس هذه المسائل ان خبر المملوك والحر في الامر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة فيطلب الترجيح اولا من حيث العدد فاذا استوى العدد يطلب الترجيح من حيث التحري فعلى هذا اذا كان المخبر باحد الامرين اربعة من الاحرار والمخبر بالامر الآخر حرين يؤخذ بقول الاربع *

قوله لان اجابة الدعوة سنة الى قوله كصلوة الجنازة واجبة الاقامة فان قيل كيف قاس السنة بالواجب في الاقامة عند اقتران المعصية بها وللواجب قوة ليست للسنة قلنا هذه سنة ورد الوعيد على تاركها على ما قال عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فكانت في قوة الواجب فيثبت الحكم حينئذ فيها على حسب ما يثبت في الواجب * (قوله)

لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القصب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون *

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهي عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر

قوله لانه لم يلزمه حق الدعوة لان اجابة الدعوة انما يلزم اذا كانت الدعوة على وجه السنة هذا اذا كانوا لا يتركون بحضوره وان كانوا يتركون احتشاما له واحتراما له يحضر لان حضوره يكون من باب النهي عن المنكر **قوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال عليه السلام لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلث فكان باطلا ثم الكلام في الغناء قال بعضهم دلت المسئلة على ان مجرد الغناء والاستماع اليه معصية لقوله عليه السلام استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر انما قال ذلك على سبيل التشديد وان سمع بغتة فلا اثم عليه ويجب عليه ان يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه ان صوت اللهو والغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء وقال مشائخنا رح استماع القران بالالحان معصية والتالي والسامع آثمان ومنهم من قال اذا كان وحده فيغني لدفع الوحشة عن نفسه فلا باس وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رح **قوله** حتى التغني بضرب القصب عني به خشب الحارس والله اعلم بالصواب *

فصل في اللبس

قوله وانما حل للنساء بحديث آخر قال بعض الفقهاء حرام عليهن لعموم النهي * (قوله)

لو

وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رح وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رح وانما ذكره القدوري وغيره من المشائخ رح وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب

قوله وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي وابو موسى وعبد الله بن عمر وعقبة بن عامر رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم اي هذان جنسان محرمان فثبوت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة وفي ما غيره من جنسه بطريق الدلالة فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين فكيف يجعل المبيح ههنا متاخرا وهو قوله حل لاناثهم ونهى النبي عليه السلام عن لبس الحرير مطلقا متقدم ما قلنا قوله انما يلبسه يحتمل ان يكون بيانا لقوله محرمان على ذكور امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر ونقول ان الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله عليه الصلوة والسلام الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره **قوله** مقدار ثلثة اصابع او اربع اي مضمومة لا منشورة وفي السير الكبير ان العلم حلال مطلقا سواء كان صغيرا او كبيرا ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي **قوله** وكذا الاختلاف في ستر الحرير اي في تعليقه على الجدار * (قوله)

لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف * **قال** ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رح انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط **قال** ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة

قوله لهما العمومات وهي هذان محرمان الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم لان اتكي على جمرة الغضا احب الي من ان اتكي على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة **قوله** والجامع كونه نموذجا اي يعلم بهذ المقدار ما وعد له في الآخرة فان قيل الجلوس على كرسي الفضة لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلنا ما اطلقنا القليل الا ليكون نموذجا فاذا انقلب مقصودا بقي حراما كالخمر وهذا لان الحرير لباس اهل الجنة قال الله تعالى وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الافتراش ليكون نموذجا الى ذلك الكثير الكامل فاما الفضة فلا يكون لباسا في الدار الآخرة وانما يكون منها الكرسي ونحوها فلو اطلقناه لصار عينها مطلقا وعين لشيء لا يصلح نموذجا **قوله** والخز مسدى بالحرير يريد به ان الخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء * (قوله)

فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القزيكون بين القز والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس * قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت من الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار

قوله فكانت هي المعتبرة دون السدى لما عرف ان العبرة في الحكم لآخر وصفي العلة وقيل انما الاعتبار للسدى لانه يصير مستورا باللحمة وهذا التعليل منقول عن الشيخ ابي منصور الماتريدي رحمه الله وعلى هذا يكره لبس العتابي لان السدى لا يستر به بالحمة كذا في الايضاح وجامع المحبوبي قال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب اذا كان بين الثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لا يجوز للرجال فاما الحشو فليس بملبوس فلا يكره قوله لما روينا وهو قوله عليه السلام هذان محرمان على ذكور امتي قوله الا بالخاتم هذا اذا لم يرد به التزين وذكر الامام المحبوبي وان تختم بالفضة قالوا ان قصد به التجبر يكره وان قصد به الختم ونحوه لا يكره قوله وقد جاء في اباحة ذلك آثار اي في اباحة التختم بخاتم الفضة آثار وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد رسول الله محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام (آمن)

ومن الناس من اطلق فى الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجراذ ليس له ثقل الحجر

آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي عليه السلام من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفى ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفى ثم كان في يد عمر الى ان توفى ثم كان في يد عثمان رضي الله عنهم حتى وقع من يده فى البئر فانفق مالا عظيما في طلبه ولم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم فى البئر ومنها ما روي ان نعمان بن بشير دخل على النبي عليه السلام وعليه خاتم ذهب فقال مالك تختمت بخاتم اهل الجنة قبل ان تدخلها فقد حذره عليه السلام الدخول تحت قوله تعالى اَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيٰوتِكُمُ الدُّنْيَا فنزع ذلك ودخل وعليه خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار فتركه ثم دخل ومعه خاتم صفر فقال عليه السلام اني لاجد منك ريح الاصنام فقال بم اختم يا رسول الله فقال بالفضة ولا تزده على مثقال واجعله في يمينك ثم صار الافضل جعله فى اليسار لان ذلك صار من علامة اهل البغي ويجعل الفص الى باطن كفه هكذا روي عن رسول الله عليه السلام بخلاف النساء لانهن يلبسن للتزيين وقال بعض الناس لا باس بالتختم بالذهب لما روى البراء ابن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البس ما كساك الله ورسوله ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التحلي بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم فى الثوب فكذا فى الآخر ولنا ما روي عن علي وابن مسعود وابى هريرة رضي الله عنهم انه عليه السلام نهى عن ذلك ولان الاصل هو التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد زالت بالفضة لانهما من جنس واحد فبقي الذهب على حكم التحريم وما رواه منسوخ او تأويله ان يكون فصه مركبة بالذهب او مذهبا وانما العبرة بالحلقة فاليها يكون النسبة فى الحكم والشريعة وقوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر *

قوله ومن الناس من اطلق الحجر الذي يقال له يشب واليه مال شمس الائمة السرخسي رح (فا)

واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه *

قال ولا باس بمسمار الذهب يجعل في جحر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له **قال** ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن **قال** ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه **قال** وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة

فانه قال والاصح انه لا باس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر ولنا انه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر وهو منصوص *

قوله واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه وهو قوله وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة **قوله** يوم الكلاب هو بالضم والتخفيف اسم ماء كانت عنده وقعة **قوله** لم تندفع في الانف دونه اي دون الذهب اي لم يندفع الضرورة في الانف بدون اتخاذه من الذهب *

ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب (قال قائلهم) لَا يَنْفَعَنَّكَ الْيَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ ۞ كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتَعْقَادُ الرَّتَمْ ۞ وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان والله اعلم *

فصل في الوطي والنظر والمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رح انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة *

قوله ويسمى ذلك الرتم والرتيمة في المغرب الرتمة خيط التذكر يعقد بالاصبع وكذا الرتيمة وارتمت الرجل ارتاما وارتم هو نفسه (قال) إِذَا لَمْ تَكُنْ حَاجَاتُنَا فِي نُفُوسِكُمْ ۞ فَلَيْسَ بِمُغْنٍ عَنْكَ عَقْدُ الرَّتَائِمِ ۞ والرتم ضرب من الشجر وانشد ابن السكيت هل ينفعنك اليوم ان همت بهم ۞ كثرة ما توصي وتعقاد الرتم ۞ وقال معناه ان الرجل كان اذا خرج في السفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحال قال لم تخنني امرأتي وان اصابه وقد انحل قال خانتني وهو المشهور والمروي عن الثقات الا ان ابا الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وابو زيد ذكر الرتم في معناها وانشد هذا البيت استشهادا به للخيط وكانه جعله جمعا لها والله اعلم بالصواب *

فصل في الوطئ والنظر والمس

اعلم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى الرجل والمرأة الى المرأة والمرأة الى الرجل والرجل الى المرأة اما نظر الرجل الى المرأة فاربعة فصول نظر الرجل الى زوجته ومملوكته و(الى)

قال فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابابكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا تمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة *

الى ذوات محارمه والى إماء الغير والى الحرة الاجنبية ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الحرة الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم اي موضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد بالزينة المذكورة موضعها اطلاقا لاسم الحال على المحل فيها وقال عائشة رضي الله عنها المراد من قوله تعالى الا ما ظهر منها احدى عينيها وقال بن مسعود رضي الله عنه المراد منه خفها وملابسها واستدل ابن مسعود رض بقوله عليه السلام النساء حبائل الشيطان بهن يصيد الرجال وقال ما تركت بعدي فتنة اضر على الرجال من النساء وجرى في مجلسه عليه السلام يوما ما خير ما للرجال من النساء وما خير ما للنساء من الرجال فلما رجع علي الى بيته اخبر فاطمة رضي الله عنها فقالت خير ما للرجال من النساء ان لا يرونهن وخير ما للنساء من الرجال ان لا يرينهم فلما سمع اُخبر رسول الله عليه السلام بذلك قال هي بضعة مني فدل انه لا يباح النظر الى شيء (من)

قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد بها اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء الشهوة

من بدنها ولان حرمة النظر لخوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة فى النظر الى وجهها اكثر منه الى سائر الاعضاء وبنحو هذا تستدل عائشة رضي الله عنها ولكنها تقول هي لا تجد بدا من ان تمشي فى الطريق ولابد من ان يفتح احدى عينيها لتبصر الطريق فيجوز لها ان تكشف احدى عينيها لهذه الضرورة والثابت بالضرورة لا تعدو موضع الضرورة ولكنا ناخذ بقول علي وابن عباس رضي الله عنهما فقد جاءت الاخبار في الرخصة فى النظر الى وجهها وكفها من ذلك ما روي ان امرأة عرضت نفسها على رسول الله عم فنظر الى وجهها فلم يرفيها رغبة ولما قال عمر رضي الله عنه في خطبته الالا تغالوا في صدقة النساء فانها لو كانت مكرمة او تقوى عند الله كان اولاكم بها رسول الله عم فوالله ما خطب رسول الله عم ابنته اكثر من اربعمائة اوقية ونش فقامت سفعاء الخدين وقالت انت تقوله برأيك ام سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا نجد في كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال الله تعالى وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا فبكى عمر رضي الله عنه فقال كل الناس افقه من عمر حتى النساء فى البيوت فذكر الراوي انها كانت سفعاء الخدين وفي هذا انها كانت مسفرة عن وجهها ولما ولت فاطمة رضي الله عنها احد ولديها بلالا او انسا قال رأيت كفها فلقة قمر فدل انه لا باس بالنظر الى الوجه والكف واما خوف الفتنة فيكون بالنظر الى ثيابها ايضا واما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس بدها لانعدام خوف الفتنة فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب مَنْ مَسَّ كَفَّ امْرَأَةٍ لَيْسَ منها بسبيل وُضِعَ على كفه جَمْرَةٌ يومَ القيمة قيل المراد امرأة تدعو النفس الى مسها دل عليه ما روي عن ابي بكر وعبد الله بن الزبير الصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لانه ليس لبدنها حكم العورة ولا فى النظر والمس خوف الفتنة * (قوله)

تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا باس بان ينظر اليها وان علم ان يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدر يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض *

قوله تحرزا عما يمكنه التحرز عنه لانه ان لم يمكنه التحرز فعلا فقد امكنه التحرز منه قلبا فصار كمسئلة التترس بصبيان المسلمين قوله بخلاف حالة الاداء فقد التزم هذه الامانة بالتحمل وهو متعين لادائها قوله ابصرها قال عليه السلام لمغيرة بن شعبة لما اراد ان يتزوج امرأة ابصرها فانه اي الابصار احرى ان يؤدم بينكما اي اولى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق بينكما هكذا رواية المبسوط واما رواية الفائق فان النبي عليه السلام قال للمغيرة بن شعبة خطب امرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما الادم والايدام الاصلاح والتوفيق من ادم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم قوله كنظر الخافضة والختان يعني انهما ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها وهو مكرمة في حق النساء ايضا الخفض للجارية كالختن للغلام وجارية مخفوضة اي مختونة قوله وكذا للهزال الفاحش اذا قيل له ان الحقنة تزيل ما لك من الهزال فلا باس بان يبدي ذلك الموضع للمحتقن على ما روي عن ابي يوسف رح وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسل * (قوله)

قال وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابوبكر محمد بن الفضل الكماري رح معتمدا فيه العادة لانه لامعتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابوهريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابوهريرة رض وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء **قال** ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذه اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد *

قوله معتمدا فيه العادة اي لتعامل العمال وغيرهم في الابداء عن ذلك الموضع وفي النزع عن الظاهرة حرج **قوله** لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة لانه غير ناظر اليها حقيقة واعتبار العدم غلبة الشهوة *

(قوله)

قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح

قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الاعن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ اِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ الآية والمراد والله اعلم بالصواب مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادي الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان اوبسبب كالرضاع والمصاهرة

قوله وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن اي في الحمام **قوله** من امته التي يحل له قيد بالحل لان اباحة النظر الى جميع بدن امته مبنية على حل الوطئ وفيما لا يحل من امته كامته المجوسية وامته التي هي اخته من الرضاعة كان الحكم في النظر كامة الغير **قوله** تجرد العير هو الحمار الوحشي وانما قيد به لان في الاهلي نوع ستر من الاقتاب والنفر (قوله)

لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح فى الاصح لما بينا * **قال** ولاباس بان يمس ماجاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما المس وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان *

قوله لوجود المعنيين وهما الضرورة وقلة الرغبة فيه اي فى المحرم وهذا اشارة الى ما ذكره بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة وقوله فى الاصح متعلق او سفاح لان اختلاف المشائخ فى المصاهرة بالزنا لا فى المصاهرة بالنكاح **قوله** ولا باس بان يمس ماجاز ان ينظر اليه منها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يُقبّل رأسَ فاطمةَ رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من السفر بدأ بها فعانقها وقبّل رأسها وقال عليه السلام من قبّل رجل امه فكانما قبّل عتبة الجنة **قوله** لا تُسافر المرأةُ فوق ثلثة ايام كلمة فوق ههنا صلة فان حرمة المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا وكان نظير قوله تعالى فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ **قوله** والمراد اذا لم يكن محرما اي المراد من قوله ليس منها بسبيل اذا لم يكن محرما * (قوله)

*

قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رح انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة *

قال ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشائخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كبر رأيه كان ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة *

قوله علاها بالدرة اي ضرب علاوتها اي رأسها **قوله** اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن اي الضرورة التي لا مدفع لها وفي المحارم مجرد الحاجة اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة يعني اذا خاف الهلاك على الامة بان كانت في الفيافي فلو لم يكن يتركها ينقطع عن القافلة ويهلك واما الحاجة ان تكون المرأة في البلد او القرية ولها حاجة ان تمشي الى المزرعة **قوله** ولم يفصل اي بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في النظر او في المس وقال رجل اراد ان يشتري جارية لا باس بان يمسها ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين *

(قوله)

قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهي وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء *

قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رض الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الرديء من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص

قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليها منها

قوله واذا حاضت الامة معناه اي بلغت اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الغالب بلوغهن بالحيض وقوله لم تعرض في ازار واحد يعني تؤمر بلبس القميص لان ظهرها وبطنها عورة والمراد بالازار الذي يستر بين السرة والركبة وقال محمد رحمه الله وكذلك اذا بلغت موضعا تجامع وتشتهي لان المشتهاة كالبالغة **قوله** الخصاء مثلة خصاه نزع خصيته يخصيه خصاء على فعال والاخصاء في معناه خطاء واما الخصي كما في حديث الشعبي على فعل فقياس وان لم نسمعه والمفعول خصي على فعيل والجمع خصيان **قوله** وكذا المخنث في الرديء من الافعال قيد بالرديء من الافعال وهو ان يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في اعضائه لين وفي لسانه تكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء ولا يكون مجيبا في الرديء من الافعال فانه قد رخص بعض مشائخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد منه الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفي هذا كلام ايضا فانه اذا كان شابا ينحي عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص في ذلك **قوله** والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه وهو قوله تعالى قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ قال شمس الائمة رح (١)

وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجه قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء

ان قوله او التابعين آه من المتشابه وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها ان تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى اَوِ الطِّفْلِ الَّذِيْنَ لَمْ يَظْهَرُوْا عَلٰى عَوْرٰتِ النِّسَاءِ وقد روي انه كان في بيت ام سلمة رضي الله عنها مخنث فلما حاصر رسول الله عليه السلام الطائف قال لعبد الله بن ام سلمة اذا فتح الله علينا الطائف اَدُلُّكَ على ابنة غيلان فانها تُقْبِلُ باربع وتُدْبِرُ بثمانٍ فقال عليه السلام (اَوَهذا) لا يدخلنَّ هؤلاء عليكنّ كذا في الايضاح ومعنى قوله تقبل باربع وتدبر بثمان المراد عكن البطن العكن جمع عكنة وهي الطي الذي يكون في البطن من السمن اي هن اربع اذا اقبلت وثمان اذا ادبرت لان لكل عكنة طرفين الى جنبيها *

قوله وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى اَوْ مَا مَلَكَتْ اَيْمَانُهُنَّ ولا يجوز ان يحمل على الاماء لانهن دخلن في قوله او نسائهن ولانه لا يشكل ان للامة ان ينظر الى سيدتها كالاجنبيات ولان بينهما سببا محرما للنكاح فكان كالمحرم واباحة النظر ثم لحاجة الدخول من غير استيذان واحتشام وهذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته قلنا المراد من قوله تعالى او نسائهن الحرائر المسلمات لانه ليس للمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنه والظاهر انه عني بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر ونساء كلهن سواء في حل بعضهن الى بعض والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما والموضع موضع الاشكال لان حالة الامة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل انه هل يباح له التكشف بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى اَوْ نِسَائِهِنَّ لان مطلق (هذا)

كما قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فی الاناث دون الذكور *

قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهی عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولی امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطئ حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فی الجب والعنة ولا حق للامة فی الوطئ فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولی ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها فی النكاح *

فصل فی الاستبراء وغيره

قال ومن اشتری جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الی فرجها بشهوة حتی يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام فی سبايا اوطاس آلا لا توطأ الحبالی حتی يضعن حملهن ولا الحيالی حتی

هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء واما حرمة المناكحة بينهما علی عرضة الزوال فكانت فی حقه بمنزلة منكوحة الغير او معتدته ولان وجوب الستر عليها لمعنی خوف الفتنة وذلك موجود ههنا وانما ينعدم ذلك بالحرمة المؤبدة لان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة واما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها علی رفع الحشمة فكان ادعی الی خوف الفتنة ووجوب الستر والبلوی غير متحقق لان العبد للاستخدام خارج البيت لا داخل البيت فقد قيل من اتخذ عبد الخدمة داخل البيت فهو كشخان وهو الديوث الذي لا غيرة له *

قوله كما قال سعيد اطلق اسم السعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين علی ما ذكرنا والمراد من قوله وغيرهما سمرة بن جندب فانه كان يقول كقول السعيدين ذكره فی التيسير

قوله ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها فی النكاح وهو قوله اذا تزوج امة فالاذن فی العزل الی المولی عند ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف ومحمد رح ان الاذن اليها الی آخره *

فصــــــــــل فی الاستبراء وغيره

استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل واوطاس موضع علی ثلثة مراحل من مكة كانت به وقعة النبي عليه السلام * (قوله)

حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسئلة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطئ والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطئ والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكدة باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث

قوله حتى يستبرئن الصواب بالهمزة كذا في المغرب **قوله** افاد وجوب الاستبراء على المولى لان النهي عن الوطئ مع الملك وهو المطلق الحاصر يدل على وجوب الاستبراء لانه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه والنفي ابلغ عن النهي **قوله** وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص يعني ان الموجود في مورد النص وهو قوله الا لا توطأ الحبالى ليس الا استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولما منع الشرع عن الوطئ مع الملك لا يخلو عن حكمة وهي صيانة الماء عن الخلط بماء غيره ولا يجوز ان يكون الحكمة موجبة لان الحكمة معقبة والعلة سابقة وذكر فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في المبسوط ان علة وجوب الاستبراء ارادة الوطئ فانه متى اراد الوطئ ولا يحل له الا في محل فارغ يجب عليه ان يتعرف براءة الرحم حتى لا يصير ساقيا ماءه زرع غيره وفيه حكمة صيانة الولد غير ان ارادة الوطئ لا يتوقف عليها حقيقة فيدار الحكم على التمكن من الوطئ فاقيم التمكن من الوطئ مقام ارادة الوطئ وذلك لا يتحقق بنفس الملك انما يتحقق بالملك والقبض فان قيل ارادة الصلوة سبب لوجوب الطهارة قلنا لا لان ارادة الصلوة متحققة لفرضية الصلوة ولا كذلك ارادة الوطئ ولا يقال الموجب كونها مسببة لان في جعله علة سد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص **قوله** بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب (انما)

والخلع والكتابة وغيرذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك

انما قيده بماء محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطئها قبل الاستبراء اخراجا للكلام مخرج اوضاع الشرع تنبيها على انه لا ينبغي ان يكون الا ما هو مشروع حسن هذا نظير قوله عليه السلام من نام من صلوة اونسيها والحكم في العمد كذلك الا ان الظاهر من حال المسلم ان لا تفوته الصلوة عمدا ولا ينبغي ان يكون كذلك فلهذا قيد بالنوم والنسيان فكذا ههنا *

قوله والخلع والكتابة بان جعل الامة بدل الخلع او بدل الكتابة **قوله** وغيرذلك بان يملكها بصدقة او بجناية دفعت اليه حيث يجب على ولي الجناية الاستبراء **قوله** وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي بان باعها ابوه او وصيه **قوله** والمملوك بان اشترى من العبد المأذون او المكاتب فان اشتراها المولى من عبدله تاجر يجب عليه الاستبراء عند ابي حنيفة رح في جواب الاستحسان وصورة ذلك ما ذكر في المبسوط فان اشتراها من عبدله تاجر فلا استبراء عليه ان كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لان المولى ملك رقبتها من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك من الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة فان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو اعتقه جاز عتقه فاما عند ابي حنيفة رحمه الله ففي القياس كذلك لان العبد ليس من اهل ان يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للغرماء ايضا بسبب دينهم والمولى احق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى احق بها يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه ان يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لانه قبل الشرى كان لا يملك رقبتها عنده حتى اذا اعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه ان يستبرئها* (قوله)

وممن لا يحل له وطئها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض *

قال ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما

قوله وممن لا يحل له وطئها بان كانت الجارية اخت البائع من الرضاع او كان البائع وطيء امها او وطئها ابوه او ابنه **قوله** فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل اما في حق المكاتب والمأذون فظاهر وكذا اذا كانت بكرا لان الشغل بالبكارة محتمل اما اذا كانت لصغير اولامرأة فتوهم الشاغل ثابت ايضا بنكاح او سفاح **قوله** خلافا لابي يوسف رحمه الله فان عنده يجتزأ بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم كما لو طلقها قبل الدخول لا يجب العدة لذلك **قوله** ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة اي فيما اذا ابقت ولم تخرج من دار الاسلام واما لو ابقت ودخلت دار الحرب ثم اخرجت الى دار الاسلام بغنيمة او بشرى واخذها المولى قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجب عليه الاستبراء وقال صاحباه يجب كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله *

(قوله)

ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطئ حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطئ والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رح انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد رح اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر رح سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح *

قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف رح فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض

قوله ولها نظائر كثيرة منها اذا كاتب امة ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك اذا باعها على انه بالخيار ثلثة ايام وسلم الى المشتري ثم ابطل البيع في مدة الخيار ومنها لا يلزمه الاستبراء اذا اودعها ثم استردها **قوله** وكذا اذا اعارها ثم استردها وعنه شهران وخمسة ايام كان يقول اولا اربعة اشهر وعشرة ايام اعتبارا بعدة الوفاة في الحرة ثم رجع وقال شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة وفاة الامة وعليه الفتوى لانه منى (صلحت)

* ما

ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير *

قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطئ الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض *

قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها

صلحت هذه المدة للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الاماء فلان يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى *

قوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فلا يحصل المقصود وفي فتاوى قاضيخان رح واذا اشترى جارية واراد ان يزوجها قبل القبض وخاف انه لو زوجها من عبده او اجنبي ربما لا يطلقها الزوج فالحيلة له ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء

قوله كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدد السبب **قوله** لان الحيض يمتد شطر عمرها اي قريبا من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر *

(قوله)

واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئًا لاطلاق قوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوْا بَيْنَ الْاُخْتَيْنِ ولا يعارض بقوله تعالى اَوْمَا مَلَكَتْ اَيْمَانُكُمْ لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما فى الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطئ بمنزلة الوطئ فى التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكذا وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجامع احدٰيهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا وغيره وتمليك الشقص منه كتمليك الكل لان الوطئ يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدٰيهما كاعتاق كلها

قوله واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوْا بَيْنَ الْاُخْتَيْنِ ولا يعارض بقوله تعالى اَوْمَا مَلَكَتْ اَيْمَانُكُمْ لان الترجيح للمحرم كان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية يعني قوله تعالى اَوْمَا مَلَكَتْ اَيْمَانُكُمْ وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوْا بَيْنَ الْاُخْتَيْنِ وكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح المحرم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطئا فهو نص خاص وان كان الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطئ فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا فأخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الاباحة فان قيل الاصل فى الدلائل الجمع وامكن ههنا بان يحمل قوله تعالى وان تجمعوا على النكاح وقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلنا المعنى الذي حرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص بالاجماع فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا تعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع *

وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطيء بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احدهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطيء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطيء احدهما حل له وطيء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطيء الاخرى لا بوطيء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه فهو بمنزلة الاختين * **قال** ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس بها بالاجماع وهو الصحيح **قال** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه والله اعلم بالصواب *

قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا اي في انه يحل وطيء الاخرى وفي المبسوط هذا الجواب في الكتابة مشكل لانها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطيء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فكان وطئه اياها في غير ملكه حتى لا ينفك من عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة فيجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له ان يطأ الاخرى **قوله** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث ورخص بعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان رح قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه قال الصدر الشهيد رح هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة (فيه)

فصــــل فى البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى فى الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط فى الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة * **قال** ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها

فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد رح انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي رح السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر واما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ ابي القاسم الحكيم انه كان اذا دخل احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام والتكلم معهم فى العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام والله اعلم بالصواب *

فصــــل فى البيع

قوله ولا باس ببيع السرقين روي ان سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه كان يعارضه بنفسه ويقول مكيل غير مكتل عرّا الارض اذا اصلحها بالعرة وهي السرقين **قوله** ويكره بيع العذرة وهي رجيع الآدمي قال الشيخ ابو منصور رحمه الله كلما انفصل من الآدمي لا يجوز الانتفاع به نحو الظفر والشعر والعذرة وما انفصل من غير الآدمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به **قوله** لا بغير المخلوط فى الصحيح وعن ابي حنيفة رح انه لا باس بالانتفاع بالعذرة الخالصة * (قوله)

لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض بشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا

قوله لانه اخبر بخبر صحيح اي صادر عن عقل وتمييز **قوله** على اي وصف كان اي بعد ان كان مميزا عاقلا سواء كان حرا او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة **قوله** لما مر من قبل اي في فصل الاكل والشرب في ومن ارسل اجيراله مجوسيا وثم وفي قوله بعد هذا وهذا اذا كان ثقة يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسقا صادق القول لا يكذب البتة لمروته **قوله** وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض بشيء من ذلك لان اكبر الرأي كاليقين قال عليه السلام لوابصة ابن معبد ضع يدك على صدرك وَاسْتَفْتِ قَلْبَكَ فَمَا حَكَّ فِي صَدْرِكَ فَدَعْهُ وَإِنْ اَفْتَاكَ النَّاسُ بِهِ وقال محمد رح في الاصل واكبر الرأي مجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يعتمد خبره اذا كان ثقة عنده او كان في اكبر رأيه انه صادق فيغشيها وكذلك لو دخل رجل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه ماد رمحه يشد نحوه فان صاحب المنزل يحكم رأيه فان كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وخاف انه ان صاح يبادره بالضرب فلا بأس بان يشد عليه بالسيف ويتعدى عليه قبل ان يغشي هو به وان كان اكبر رأيه انه هارب من اللصوص لا ينبغي له ان يعجل بقتله وان قتله وفي رأيه انه لص ثم تبين انه رجل صالح القياس ان يقتص وفي الاستحسان عليه الدية (وهي)

لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لاملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل **قال** ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج وهي مسئلة كتاب الاكراه فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه وفيما دون ذلك اولى *

قوله لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل اي في حق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له ويحل لمن رآه في يده ان يشهد له بالملك ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود دليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه وذلك كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيئا او رأى كتابا في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو اهل لذلك فيظن كل واحد انه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه افضل **قوله** وان كان الذي اتاه بها اى بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فرأى آخر يبيعها **قوله** لم يقبلها اي اذا تركها عنده او وهبها منه **قوله** لقيام الحاجر بالراء المهملة اى المانع لان يد المملوك ليس بمطلق للتصرف **قوله** ولو ان امرأة اخبرها ثقة الى قوله فلا باس بان تعتد وتتزوج هذا فى الاخبار واما فى الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة لانه قضاء على الغائب وفى التتمة اذا شهد اثنان ان فلان بن فلان طلق امرأته والزوج غائب لا تقبل وان شهدا عند المرأة حل لها ان تعتد وتتزوج بزوج آخر وكذا اذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها انه صادق * (قوله)

لان القاطع طار ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طار ولو اخبرها مخبران اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه واخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فيملكه البائع فيحل الاخذ منه

قوله لان القاطع اي للزوجية طار ولا منازع بخلاف ما اذا اخبره ان اصل النكاح كان فاسدا واخواته لان المفسد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر فالحاصل انا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا الى الالزام وقبلنا في موضع المسالمة لعدمه **قوله** وعلى هذا الحرف يدور الفرق هو ان المفسد اذا كان طاريا يثبت بخبر الواحد العدل وان كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان **قوله** بخلاف ما تقدم اراد قوله لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني *

(قوله)

قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار لغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رح اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رح اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة

قوله ويكره الاحتكار وهو حبس الطعام المشترى من فسطاط المسلمين اي مذهبهم متربصا للغلاء **قوله** والمحتكر ملعون قيل اللعن على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله تعالى وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا لان عند اهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة **قوله** فان لبس فهو مكروه في الوجهين اي سواء اضر باهل البلدة او لم يضر لانه بتلبيس السعر غادر بهم **قوله** وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح ايضا وعليه الفتوى **قوله** وبرئ الله تعالى منه اي خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة * (قوله)

والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ماجلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابويوسف رح يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الي المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة **قال** ولا ينبغي للسلطان ان يسعر علي الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على مايرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس بمشورة من اهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر

قوله فالحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود لان الكاسب صديق الله **قوله** الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانبين والبيان في قوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا نصف مايباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين **قوله** فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره وفي الجامع الصغير فان رفع اليه مرة اخرى وعظه وحدده فان رفع اليه مرة ثالثة فحينئذ حبسه *

(قوله)

وكذا عند هما لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بماقدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلک *

قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لايعرف انه من اهل الفتنة لاباس بذلک لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلايكره بالشک **قال** ولاباس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه **قال** ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلاباس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لاينبغي ان يكريه لشيء من ذلک لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح

قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يكره له ذلک لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل

قوله وكذا عندهما لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يكون على قوم باعيانهم

قوله ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره له ذلک لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوٰى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْاِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورات الشرب لان الحمل قد يوجد للاراقة والصب (في)

ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية في شربها *

قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام الا انّ مكّة حَرامٌ لاتُباع رِباعُها ولا تُورث ولانها حرمة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني وتكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره

في الخل ليتخلل فلم يكن المعصية من لوازم الحمل بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم توجب كراهة الحمل فصار كما لو استأجره لعصير العنب او لقطعه وهذا قياس وقولهما استحسان *

قوله ولا يقصد به اي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمي بل مقصوده تحصيل الاجرة وقال محمد رحمه الله في الاصل لو آجر المسلم دارا من ذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم اثم بشيء من ذلك لان المعصية في قصد المستأجر دون رب الدار فلا اثم عليه وذكر الامام السرخسي رح في باب الاجارة الفاسدة وهو من باع جارية ممن لا يستبرأها او يأتيها في غير المأتي لم يلحق البائع اثم بشيء من فعل المشتري وكذا قال فيمن باع غلاما من فاسق يقصد الفاحشة به ولو كان مستأجر الدار مسلما فظهر منه فسق في الدار وكان يجمع الناس على الشرب فيها منعه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار ان يخرجه منها مسلما كان او ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من ذلك ارأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع بما ظهر منه لا سبيل له الى ذلك فكذا الاجارة كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي

قوله وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة (لهم)

ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالاً فحالاً ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءً فجزءً لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم *

مســــــائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه

لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها لتوارث بيعها وقسمتها في المواريث من الصدر الاول الى يومنا هذا من غير نكير يؤيده ما روي ان عليا رضي الله عنه لما دعى رسول الله صلعم الى النزول في داره قال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار يعني استولى عليها بملكها فدل على ان عقار مكة مرضة للتملك *

قوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا ومعنى المسئلة ان رجلا فقيرا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك او يصرف الى حاجة لكن حاجته الى المعاملة مع البقال امس من درها كما في شرى التوابل والملح والكبريت وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنحت له من الحاجة كل ساعة فيعطى الدرهم البقال لان يأخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه جزء فجزء حتى يستوفى ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى ان يكون قرضا فيه جر نفع وهو مكروه وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزء فجزء لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم بالصواب *

مســـــــــائل متفرقه

قوله ويكره التعشير وهو جعل العواشر قالوا في زماننا لابد للعجم من دلالة فان مشائخنا رح لم يروا به بأسا لان العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة الا بالنقط وعلى هذا كتبة (اسامى)

*

جردوا القرآن ويروي جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا *

قال ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل **قال** ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالي إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هٰذَا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية **قال** ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حيث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة *

اسامي السور وعدد الآي فهو وان كان احداثا فهو بدعة حسنة وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله *

قوله جردوا القرآن اي ما يكتب فيه القرآن ويؤيده الرواية الثانية **قوله** والتعليل بالنجاسة عام يعني علل بان المشرك انما يجنب عن المسجد الحرام لكونه نجسا فلا تفصيل بين مسجد ومسجد **قوله** فلا يؤدي الى تلويث المسجد فان قيل الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وان لم يؤد الى التلويث قلنا لان اعضاءه نجسة وادخال النجاسة في المسجد لا يجوز اما الكافر فاعضاؤه طاهرة من النجاسة ولهذا لا يجب عليه الغسل بالاسلام **قوله** وهو مثلة محرمة قال عمر رضي الله عنه لا تمثلوا بنباشة الله اي بخلق الله ولا باس بثقب اذن الطفل من البنات ذكره في الخلاصة *

قال ولاباس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان فى الاول منفعة البهيمة وفى الثاني منفعة الناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلوكان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه **قال** ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع برّ في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لانه ماثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط فى الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان اوبحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق *

قوله ولاباس باخصاء البهائم والصواب بخصاء البهائم **قوله** ولاباس بعيادة اليهودي والنصراني قيد بهما لان في عيادة المجوس اختلافا النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره وقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه اليهودي فقال له ابوه اجبه فاجابه بشهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم مات وقال عليه السلام الحمد لله الذي انقذني من نسمة النار واما عيادة المجوسي منهم من قال لاباس به لما قلنا وقال بعضهم لا يجوز ذلك لان المجوس ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا يحل ذبيحة المجوسي ونكاحهم واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه لاباس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وفى النوادر جاء يهودي او مجوسي فمات ابن له اوقريب ينبغي ان يعزيه ويقول اخلف الله عليك خيرا منه واصلحك فكان معناه اصلحك الله بالاسلام يعني رزقك الاسلام ورزقك ولدا مسلما **قوله** لانه يوهم تعلق عزه بالعرش فتوهم ان عزه حادث *

قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنرد شير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابويوسف ومحمد رح التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم يرا ابوحنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه **قال** ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس **قال** ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه

قوله والاربعة عشر قيل شيء يستعمله اليهود **قوله** ويكره كسوته الثوب اي تمليكه **قوله** ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها لان من فتح دكانا للتجارة تجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلو من ان يطلب احد منهم شربة ماء او نحوه فلو امتنع ينسب الى البخل فلا يختلفون اليه فينسد باب التجارة فصار هذا من ضروراته ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته **قوله** من كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة له في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم (في)

واجارة الصغار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والهدية والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق *

قال ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه *

قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها لقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله القنية اصل مال للنسل لا للتجارة *

قوله واجارة الصغار فان قيل ذكر بعد هذا بخطوط ولا يجوز للملتقط ان يواجره قلنا معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم في الصناعة ولهذا عده من نوع الضرورة ولان فيه روايتان وبعضهم غير والى قوله واجارة الاظآر والاول اصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المختار في لفظ فخر الاسلام البزدوي رح **قوله** ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز اي لا يلزم **قوله** ويكره (ان)

ولاباس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولافرق بين الرجال والنساء الا انه لاينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام *

ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية بالراء المهملة هي غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه آبق واما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق واما في زماننا فلا باس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله * **قوله** ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي قيد به لانه لو اراد به التسمين لايباح له **قوله** وقد ورد باباحته الحديث اي باباحة التداوي وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال تداووا عباد الله فان الله تعالى ماخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم رضي الله عنها وَهُزِّي إِلَيْكِ بِجِذْعِ النَّخْلَةِ والله تعالى قادر على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي رحمهما الله تعالى **قوله** الا انه لاينبغي ان يستعمل المحرم وفي التهذيب يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاءه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاءك به فيه وجهان وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوي فيه وجهان كذا ذكره الامام التمرتاشي رح وذكر في الذخيرة وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله بان الاستشفاء بالحرام حرام فهو غير مجري على اطلاقه وان الاستشفاء بالمحرم انما لايجوز اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه حينئذ يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال يكشف الحرمة عند الحاجة فلايكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال *

(قوله

قال ولاباس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له وبعث عليا رض الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطي منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح

قوله بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له اي فرض اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا انه عليه السلام من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء مما افاء الله وقيل من المال الذي اخذ من نصارى بني نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر وعن ابي بكر رضي الله عنه انه كان ياخذ كل يوم درهما وثلثي درهم وعن عمر رضي الله عنه انه كان ياخذ كفايته قال الصدر الشهيد وان استعف فتنزه كان افضل قال الله تعالى ومن كان غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ والآية وان كان نزولها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة فقد روي عن عثمان رضي الله عنه انه احتسب ولم ياخذ هذا كله فيما اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق واما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين **قوله** وهذا فيما يكون كفاية يعني انما اخذ القاضي (رزقه)

ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد *

قال ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها *

كتاب احياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنها ولغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به *

رزقه على وجه الكفاية بان تقلد القضاء ابتداء من غير شرط ثم رزقه الوالي كفاية لاحتباسه بالقضاء عن الكسب اما اذا اخذ على الشرط بان قال في ابتداء القضاء انما اقبل القضاء ان رزقني الوالي كذا في كل شهر او في كل سنة بمقابلة قضائي بين الناس والا فلا اقبل فهو باطل لانه استيجار على الطاعة فلا يجوز *

قوله ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف يعني لا يجب الرد على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف رح ويجب الرد على قول محمد رح وقاسوها على نفقة الزوجة اذا استعجلت فمات احدهما قبل مضي السنة لم يرجع عندهما خلافا لمحمد والصحيح انه يجب الرد **قوله** ولا بأس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم وفي اليتيمية كانت هذه الاباحة في الابتداء اما الآن فيكره هو لهما ايضا والله اعلم *

كتاب احياء الموات

قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه اولغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك بان صارت سبخة اوغلبت الرمال عليها فهذا تحديد لغوي ويزاد عليه في الشرع اشياء بيانها في قوله فما كان منها عاديا لا مالك له اوكان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت منه فهو موات * (قوله)

قال فما كان منها عاديا لامالك له او كان مملوكا في الاسلام لايعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ماقدم خرابه والمروي عن محمد رح انه يشترط ان لايكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولوظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابويوسف رح لان الظاهران مايكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رح وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابويوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه

قوله اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح في الذخيرة الفاصل بين القريب والبعيد مروي عن ابي يوسف رح قال يقوم رجل جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال وينادي باعلى صوته فاي الموضع الذي لايسمع صوته فيه يكون بعيدا وعن ابي يوسف رح في رواية اخرى ان البعيد قدر غلوة **قوله** ومعنى العادي ماقدم خرابه يعني ان لا يكون منسوبا الى عاد كما هو مقتضاه وفي المبسوط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادي الارض لله وللرسول فمن احيى ارضا ميتة فهي له والمراد منه الموات من الارض سماها عاديا على انها خربت على عهد عاد وفي العادات الظاهرة مايوصف بطول مضي الزمان عليه ينسب الى عاد فمعناه ماتقدم خرابه فيما يعلم انه لاحق لاحد فيه **قوله** واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين من تتمة قول محمد يعني اذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يملكه على التخصيص **قوله** فيدار الحكم عليه (اي)

وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه *

اي على القرب والبعد وعند محمد رح يدار الحكم على حقيقة الارتفاق * **قوله** وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم فيحمل على ما رواه وهو محكم في انه لا يجوز الافتيات على رأي الامام ولان قوله من احيى ارضا ميتة لبيان السبب وما رواه لكون الاذن شرطا وليس في اللفظ ما ينفي هذا الشرط وقد دل الدليل على اشتراطه وما رواه نظيره قوله تعالى فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ثم حرم الصوم على الحائض والنفساء وان شهدتا الشهر لان الدليل دل على اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس والكتاب لا ينفي ذلك فان قيل ما رواه خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فكون العمل به اولى قلنا ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على رأي الامام والحطب والحشيش لايحتاج فيهما الى رأي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى **قوله** والاصح ان الاول ينزعها واصل هذا ان من احيى ارضا ميتة قال بعض المشائخ يثبت ملك الاستغلال دون ملك الرقبة فمنهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي وعامة المشائخ يقولون يملك رقبتها كذا في الذخيرة **قوله** لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وهو قوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له **قوله** لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه (لا ه)

قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا **قال** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعل حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسنات ليمنع الناس من الدخول او حفر من بير ذراعا او ذراعين

لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق *

قوله حتى الاستيلاء على اصلنا اي كما ان المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فكذلك الكافر ايضا يملك مال المسلم بالاستيلاء **قوله** او يعلمونه لحجر غيرهم اي او يعلمون الموات بشيء آخر سوى الاحجار يمنع غيرهم **قوله** ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق والاصح لمحتجر من احتجر الارض اي اعلم علما في حدودها ليحوزها ويمنعها كذا في المغرب *

(قوله)

وفى الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رح انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها*

قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقتها او دليلها على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام مالا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا **قال** ومن حفر بيرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البير احياء **قال** فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ماحفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمس مائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبير العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلابد من التفاوت

قوله وفى الآخر ورد الخبر يعني فى البير وهو قوله عليه السلام من حفر بيرا مقدار ذراع وهو محتجر **قوله** ولو كربها وسقاها فعن محمد رح انه احياء ولو فعل احدهما يكون محتجرا وفى المبسوط ولو كربها اوضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء وفى الذخيرة ذكر شمس الائمة ان الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة بان كربها او ضرب عليها المسناة او حفر لها بيرا **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقتها اي عند محمد ودليلها اي عند ابي يوسف رح **قوله** وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام مالا غنى بالمسلمين عنه هذا استدلال بان ما افتقر اليه الناس كالملح والآبار التي يسقى الناس منها لا يجوز قطع منفعتهم بالاقطاع من احد فكذا لا يجوز احياء ما تعلق به حق العامة كما فى النهر والطريق **قوله** لما ذكرنا اي لتعلق حقهم بها **قوله** فان كانت للعطن وهي (التي)

وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البير فلا يحتاج الى زيادة مسافة *

التي ينزح الماء منها باليد فحريمها اربعون ذراعا والعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء وان كانت للناضح وهي التي ينزح الماء منها بالبعير والناضح هو البعير فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما * **قوله** وله ما رويناه من غير فصل اي بين بير العطن و بير الناضح وهو قوله عليه السلام من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فان قيل لما قيد في ذلك الحديث اربعون ذراعا بالعطن بقوله عليه السلام عطنا لماشيته فكيف يكون رواية ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح قلنا ذكر ذلك اللفظ للتعليل لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرًا لجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وَذَرُوا الْبَيْعَ قيد بالبيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذا قوله تعالى إِنَّ الَّذِيْنَ يَأْكُلُوْنَ أَمْوَالَ الْيَتَامىٰ ظُلْماً الآية والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب **قوله** والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف فيه في قبوله و العمل به ولهذا رجح قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر على قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة **قوله** تركناه اى القياس فيما اتفق عليه الحديثان وهو اربعون وفيما تعارضا فيه وهو وراء الاربعين لان العام ينفيه والخاص يثبته وانما قلنا ذلك لان للعام موجبين احدهما ان يكون الحريم اربعين والثاني ان لا يكون زائدا حيث ذكر بكلمة من وهي للتبعيض والتمييز يمتنع عليه الزيادة فان قيل كيف يتعارض الحديثان وقبول احدهما متفق على قبوله والآخر مختلف فيه قلنا نعني صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم (قوله)

قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجه فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبير بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول *

قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بيرا في حد حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما

قوله لما روينا وهو قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع **قوله** والذراع هو المكسر وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بالمكسرة لانها نقصت من ذراع الملك بقبضة وهو بعض الاكاسرة لا الكسرى الاخير وكانت ذراعه سبع قبضات **قوله** وقد بيناه من قبل اي بينا الوجه في ان الخمسمائة يعتبر من كل جانب **قوله** كما اذا هدم جدار غيره اي يضمنه النقصان ويبنى الجدار بنفسه **قوله** وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الارض قبل حفره ويقوم بعد حفره فتضمن التفاوت *

والعذر لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البير الاولى لاشيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة له حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رح انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لاحريم لها مالم يظهر له الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث **قال** وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام *

قوله والعذر لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه يعني يجعل الحفر التام بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بيرا نحو ذراع باذنه وثم يكون ذلك تحجيرا ولم يثبت له الملك بذلك القدر فكذلك الحفر التام بدون اذن الامام لان في الحفر التام وان وجدت العلة لكن الشرط وهو اذن الامام لم يوجد فلم يعمل العلة عملها فلا يثبت الملك فيبقى تحجيرا وبالتحجير لايكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق والقناة مجرى الماء تحت الارض **قوله** وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث فان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه السلام من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور كذا في مبسوط شيخ الاسلام رح **قوله** لان قهر الماء يدفع قهر غيره الاحياء شرطه ان يكون الارض في قهر الامام فاذا عدل عنه ولم يجز عوده فات قهر الماء فصار في قهر الامام فيجوز احياؤه اذا لم يكن حريما بعامر * (قوله)

قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء فلا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البير الا بالاستسقاء ولا استسقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه

قوله ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح قال ابو جعفر الهندواني رح في كشف الغوامض الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين واما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق قوله وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وهو قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر اي الاستحقاق بالعمل وهو الحفر ولا عمل في غير موضع الحفر فلا يستحق قوله ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه يعني لما استحق الحريم عندهما بالحفر يثبت اليد على الحريم والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه ينعدم اليد يعني لما لم يستحق الحريم (عند)

والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رح وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رح آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رح ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رح مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس والله اعلم *

عند ابي حنيفة رح بالحفر ينعدم اليد على الحريم والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره وهو قوله انه اشبه بالارض صورة ومعنى فيكون القول قوله في الحريم *

قوله والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك اي لا قضاء ملك واستحقاق وانما ذكر هذا لان صاحب النهر لو اقام بينته بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته وذلك لان الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة لا تصير مقضيا له في تلك الحادثة ابدا الا اذا كان القضاء قضاء ترك فانه تصير مقضيا له بعد اقامة البينة وفي قضاء الترك لو ادعى ثالث واقام البينة تقبل بينته وفي قضاء الاستحقاق لا تقبل بينته الا اذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له **قوله** وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما اي ليس لاحدهما عليه غرس (ولا)

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فتغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت

ولا طين ملقي انما اورد رواية الجامع الصغير لينكشف موضع الخلاف ان الخلاف فيما اذا لم يكن الحريم في يد احد اما اذا كان في يد احدهما فصاحب اليد اولى بالاتفاق واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش وهو الصحيح واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وهو الاشبه وقال الفقيه ابو جعفر رح آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين والله اعلم بالصواب *

فصول في مسائل الشرب * فصل في المياه

قوله الشفة واحد الشفاه واصلها شفه سقطت الهاء تخفيفا ويقال هم اهل الشفه اي الذين لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا دوابهم **قوله** والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر لان هذا الماء ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء **قوله** والثاني ماء الاودية (العظام)

والاصل فيه قوله ع م الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب

العظام هي جمع الوادي على غير القياس واصل التركيب يدل على الجري والخروج فسمي الوادي به لان الماء يدي فيه اي يجري ويسيل فكان فيه اطلاق لاسم الحال على المحل كذا في الصحاح وغيره وجيحون نهر يزيد وخوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وفي المغرب ضفة النهر جانبه بالكسر والفتح *

قوله والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلاء والنار اما الماء فلانه صار موجودا بايجاد الله تعالى في مكانه فيبقى على الاباحة حتى يحرز فاذا اخذه وجعله في وعائه صار اخص به وجاز بيعه كالصيد يصير مملوكا بالاستيلاء واما الكلاء فهو الحشيش الدي ينبت من غير ان ينبته احد فلا يملك صاحبه بكونه في ارضه فان قطعه غيره واحرزه ملكه وصار اخص به واما الحشيش الذي انبته صاحب الارض بان سقى ارضه وكربها فانبت الحشيش فيها لدوابه فهو احق بذلك وليس لاحد ان ينتفع به الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب والشجر اذا نبت في ارض انسان يكون لصاحب الارض والشجر ماله ساق نحو السوس والشوك والحشيش ما لا ساق له اذا نبت بل ينبسط على وجه الارض واما النار فمعنى اثبات الشركة فيها الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وليس لمن اوقدها ان يمنع غيره من الاقتباس منها فاما اذا اراد ان يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك لانه ملك صاحبه لان ذلك حطب او فحم احرزه الذي اوقد النار فان اخذ من ذلك الجمر نظر فان كان ذلك مماله قيمة اذا جعله صاحبه فحما كان له ان يسترده منه وان لم يكن له قيمة لم يكن له ان يسترده لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا والمتعنت ممنوع شرعا من التعنت *

(قوله)

خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم فان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياه كان لاهل النهران يمنعوه عنه اضر بهم اولم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانالوا بحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذه بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي رح وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر كان لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان تأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه

قوله خص منه الاول اي الشرب بالاجماع لانه يجوز بيعه تبعا للارض بالاتفاق ومقصودا في رواية **قوله** وهو يساوي نصابا لم تقطع يده فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يكون في السرقة قطع اليد نظرا الى قوله تعالى خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا قلنا ثبت بالنص فلا يرد (علينا)

ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك واعاره فلا باس به لانه حقه فتجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه والله اعلم بالصواب *

فصــــــل في كري الانهار

قال رضي الله عنه الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص

علينا نقضا ولان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد فيكون المعنى والله اعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الاشياء *

قوله ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح وعند بعضهم يتوضأ في النهر ويغسل الثياب فيه **قوله** انقطعت شركة الشرب بواحدة اي بالكلية والله اعلم *

فصـــــــــل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماؤه في المقاسم اي لا يقسم ماؤه ولا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه فانه لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوما للقوم ويوما لآخرين ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام اي من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص من كل وجه * (قوله)

*

والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياءً لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص يقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا

قوله والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه يعني ان كل ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وتكلموا في النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر لعشرة فما دونها اوعليه قرية واحدة يعني ماؤه فيها فهو خاص يستحق به الشفعة وان كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم ان كان النهر لما دون الاربعين فهو خاص وان كان لاربعين فهو نهر عام وقال بعضهم جعلوا الحد الفاصل في المائة وبعضهم في الالف واصح ما قيل فيه انه يفوض الى رأي المجتهد حتى يختار من الاقاويل اي قول شاء كذا في فتاوى قاضيخان وقيل الخاص ما لا يجري فيه السفن وما يجري فيه فهو عام وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا ليسقي منه قراحان او ثلثة وما وراء ذلك فهو عام **قوله** الا انه يخرج له اي للكري ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل في تجهيز الجيوش لانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء كذا ههنا **قوله** ويقابله عوض وهو حصة من الشرب فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص (بل)

ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه

بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص مع ان ذلك الضرر في الخاص مجبور بعوض يقابله وهو حصة من الشرب *

قوله ثم قيل يجبر الآبي وهو قول ابي بكر الاسكاف رض وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي رحمه الله كذا في فتاوى قاضيخان رح ثم ما ذكره من اجبار الآبي فيما اذا كري البعض وابى البعض فحينئذ يجبر الآبي على قول البعض واما اذا امتنع الكل من الكري واتفقوا على ترك الكري ففي ظاهر المذهب لا يجبرهم الامام على ذلك كما لو امتنعوا عن عمارة اراضيهم ودورهم وقد قال بعض المتأخرين من اصحابنا رحمهم الله يجبرهم على ذلك لحق اصحاب الشفة في النهر كذا في المبسوط **قوله** بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احدى الجنبتين هناك عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره واما ههنا فكلتا الجنبتين خاص فاستويتا فلا يجبر **قوله** ولا جبر لحق الشفة هذا جواب اشكال وهو ان في كري النهر الخاص احياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكري دفعا لضرر اهل الشفة وهو قول بعض المتاخرين من مشائخنا رحمهم الله فجواب ظاهر الروايه انه لا يجبر الآبي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر من كريه حيث لا يجبرون على الكري لحق اهل الشفة ولان هذا امتناع عن اثبات الحق لهم لا ابطال حقهم لان حقهم انما يثبت حال جريان الماء لا قبله وهذا كامتناع الولي لليتيم فان له ذلك لانه امتناع عن ثبوت الحق لليتيم لا ابطال حقه *

(قوله)

فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل مافضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع *

قوله فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وبقول ابي حنيفة رحمه الله اخذوا في الفتوى كذا في فتاوى قاضيخان **قوله** فلا يلزمه انفاع غيره والصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع **قوله** وليس على صاحب المسيل عمارته اي ليس على من هو في اعلى النهر عمارة اسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له وهذا جواب عن قولهما لاحتياجه الى تسييل مافضل من الماء فيه قلنا مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه الا ترى ان من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري اسفل النهر بان يسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عن الماء فعرفنا ان الحاجة المعتبرة في الزام مؤنة الكري الحاجة الى سقي الاراضي **قوله** وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ومؤنة الكري لا يستحق على قوم لا يحصون ولان اهل الشفة جميع اهل الدنيا فلا يمكن جمعهم في الكري **قوله** ولانهم اتباع والمؤنة على الاصول دون الاتباع الا يرى ان المؤنة في القتيل الموجود في المحلة على اصحاب الخطة دون المشترين والسكان * (فصل)

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينه ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا التفصيل المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا فى الشرب

فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قوله ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا والقياس ان لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بدون الارض ارثا ووصية وقد يبيع الارض بدون الشرب فبقي له الشرب وحده وهو مرغوب فيه منتفع به فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة **قوله** فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه اي زعم ان النهر له وليس لذلك الرجل حق فيه **قوله** فان لم يكن في يده علامة كون النهر في يده كريه وغرس الاشجار في جانبيه وسائر تصرفاته **قوله** او انه قد كان له مجراه في هذا النهر اي في موضع الاجراء وهو حق التسييل **قوله** وعلى هذا المصب يعني موضع اجتماع ما يفضل من الماء * (قوله)

كان الشرب بينهم علىٰ قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو فى الدار الواسعة والضيقة علىٰ نمط واحد فان كان الاعلىٰ منهم لا يشرب حتىٰ يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا علىٰ ان يسكر الاعلى النهر حتىٰ يشرب بحصته او اصطلحوا علىٰ ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضراراً بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحىٰ ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحىٰ لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه

قوله كان الشرب بينهم علىٰ قدر اراضيهم فان قيل قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي فى النهر والمساواة فى اليد يوجب المساواة فى الاستحقاق عند الاشتباه قلنا اليد لا يثبت على الماء الذي فى النهر لاحد حقيقة وانما ذلك بالانتفاع بالماء والظاهر ان من له عشرة قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات اليد عليه وانما احرازه بسقي الارض وانما ثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقبة الارض ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق عين يثبت اليد عليه والمقصد التطرق فيه والتطرق فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة **قوله** والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل تركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقىٰ بها والسانية البعير يسني عليه اي يستقي من البئر ويقال للغرب مع ادواته سانية ايضا والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع * (قوله)

ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر صفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه

قوله ويستوثق منه اي يشد جانبي القنطرة من النهر **قوله** ولا يزيد ذلك في اخذ الماء اي لا يزيد نقض القنطرة لدخول الماء في النهر الخاص **قوله** الكوة ثقب البيت والجمع كوى وقد يضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر **قوله** وكذا اذا كانت القسمة بالكوى اي لا يكون له ان يوسع الكوة **قوله** وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورته اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح كذا في الذخيرة **قوله** اراد ان يسفل كواه اي اراد ان يضع الكوة اعمق عما كانت هي في ذلك الموضع او يرفعها يعني الى وجه الارض **قوله** ولو كان لكل منهم كوى مسماة اي معدودة **قوله** في النهر الاعظم اي كدجلة وفرات * (قوله)

وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذالارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا العيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب

قوله وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى اي التي لها شرب حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى وهي التي لا شرب لها وذكر خواهر زاده اذا املأ الارض الاولى من الماء وسدفوهة النهر له ان يسقي الارض الاخرى من هذا الماء لانه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وان لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك **قوله** وهو نظير طريق مشترك ووجه كونه نظيرا هو انه يزيد فى الشرب ما ليس له منه حق فى الشرب ويزيد فى الطريق من المارة من ليس له حق فى المرور يعني اذا كان له داران متلازقان وهو يسكن احدهما والاخرى يسكنها غيره وممر الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك فاراد ان يفتح بابا للدار الاخرى الى هذا ليس له ذلك **قوله** ساكنها غير ساكن هذه الدار قيد به لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى الدار الاخرى لانه متى كان ساكن الدارين واحدا لا يزداد المار **قوله** لما فيه من الضرر بالآخر بسد الكوى وهو فعل صاحب الاعلى وليس لاحد الشريكين ان يتصرف فى المشترك على وجه يلحق الضرر شريكه وضرر النز لا يلحقه بفعل صاحب الاسفل بل بكون ارضه في اعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة اذا قل الماء **قوله** وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما اي ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى وهو ان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت (ما)

فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقي من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل ولا فى الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته

ما بدالي منها وانت في حصتك فتحت كلها فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بينهما مرة فلا يكون لاحدهما ان يطالب بقسمة اخرى وفى القسمة الاولى الانتفاع بالماء يستدام وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب الاسفل *

قوله فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة لانه بيع الجنس بالجنس نسيئة لان ماء الغد لا يكون موجودا اليوم والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه بيع المعدوم بالمعدوم لان الماء معدوم فى النهر فى الحال ولانه مجهول القدر ولان معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز فبمجهول اولى ولان فيه ضررا فانه مجهول لا يدرى ان الماء يجري فى الوقت الثاني ام لا **قوله** والشرب مما يورث لان الورثة يقومون مقام المورث في املاكه وحقوقه وقد يملك بالارث ما لا يملك بغيره من اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر **قوله** ويوصى بالانتفاع بعينه قيد الايصاء بالانتفاع بعين الشرب احترازا عن الايصاء ببيع الشرب فان ذلك باطل على ما ذكر فى الكتاب **قوله** والوصية بذلك اي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته فان ذلك لا يصح كما لا يصح بيعه وهبته **قوله** حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام انه يضمن **قوله** وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح يعني اذا تزوج الرجل امرأة على شرب ارض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا فى الخلع يعني لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير ارض كان باطلا لا يكون له من (الشرب)

وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه اومخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم *

كتاب الاشربة

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها *

الشرب شيء ولكن الخلع صحيح وعليها ان ترد المهر الذي اخذت لانها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فتصير غارة بهذه التسمية والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع فاذا ليس في بيتها شيء *

قوله وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها وقيل يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين **قوله** لانه غير متعد فيه وهذا لان كون الفعل علة للشيء انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعله اجتماع الماء في ارضه وانما صارت ارض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب وهو امر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا انه لولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله في حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب انما يضمن اذا تعدى كحافر البير وواضع الحجر وفعله في ارضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا تتحمل ارضه عادة اما اذا سقى سقيا لا تتحمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره تقديرا والله اعلم بالصواب *

كتاب الاشربة

وهي جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات واريد بها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بها لان فيه بيان احكامها كما سمي كتاب البيوع (والحدود)

قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي النيئ من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرًا لتخمره لا لمخامرته العقل

والحدود لمافيه بيان احكامها والاصول التي يتخذ منها الاشربة هي العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والارز والدخن والفواكه كالاجاص والقرصاد والشهد والفانيذ والالبان اما العنب ما يتخذ منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والمُختج والمتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيء واحد حكما وان اختلف اسما من البتع لنبيذ العسل والجعة لنبيذ الشعير والمزر لنبيذ الذرة *

قوله اذا غلا واشتد المراد بالاشتداد كونه صالحا للاسكار **قوله** ولانه مشتق من مخامرة العقل مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه انه من المواجهة واليم من اليمم **قوله** فيما ذكرناه اي في النيئ ولهذا اشتهر استعماله فيه اي لكونه خاصا فيه اشتهر استعماله فيه وفي غيره اي غير النيئ غيره اي غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف **قوله** ولان حرمة الخمر قطعية يعني لا يصلح ان يصرف تحريمها الا الى عين ثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيئ ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه **قوله** وانما سمي خمرا لتخمره اي لتشدده وقوته فان لها قوة وشدة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث لا لمخامرته العقل اي لا لستره العقل * (قوله)

على ان ماذكرتم لاينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رح والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللايق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر

قوله على ان ماذكرتم لاينافي كون الاسم خاصا فيه يعني ما ذكرتم انه سمي بها لمخامرته العقل فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل يسمى خمرا فالفرس الذي يكون احد شقيه ابيض والآخر اسود يسمى ابلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا النجم سمي نجما لظهوره يقال نجم اي ظهر ثم لا يدل ذلك على ان كل ما يظهر يسمى نجما والقارورة تسمى بها لمعنى القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وان كان المعنى موجودا فيه **قوله** والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين فانه قال ثلث احاديث لم تصح روايتها عن النبي عليه السلام احدها هذا وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل **قوله** والثاني اي الحديث الثاني اريد به بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق **قوله** وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ماذكر في القدوري بقوله وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد **قوله** لان الاسم يثبت به اي انما يثبت هذا الاسم لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذا باعتبار صفة الاشتداد اذ هو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فاما الغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تاثير لهما في احداث صفة السكر وله ان القذف بالزبد والغليان من آثار الحلاوة ومادام شيء من الحلاوة باقيا كان العين الاصلي قائما (فلا)

واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع قيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر (منه) لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعوا الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات

فلا يثبت اسم الخمر الا اذا سكن وقذف بالزبد وتميز الصافي من الكدر لان حكم الاباحة كان ثابتا للعصير بيقين فلا يزول ذلك الا بيقين مثله واحكام الخمر مقطوع بها كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع والنجاسة فيناط بالنهاية لما في النقصان من شبهة العدم فلا يصح اثباتها بالشبهة * **قوله** واحكام الشرع قطعية اى الاحكام الثابتة فى الخمر قطعية **قوله** غير معلول بالسكر اي عينها حرام لا ان يكون حراما لكونه مسكرا ولهذا لا يتوقف على السكر بل قطرة منها حرام **قوله** وهذا كفر منه اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قائلا بحرمة السكر منه لانه جحود الكتاب قال الله تعالى يَا اَيُّهَا الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا اِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْاَنْصَابُ وَالْاَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ روي ان عمر رضي الله عنه قال لرسول الله عليه السلام الخمر مهلكة للمال مذهبة للعقل فادع الله تعالى ان يبينها لنا فجعل يقول اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يَسْأَلُوْنَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيْهِمَا اِثْمٌ كَبِيْرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم بل نصيب من منافعها وندع المأثم فيها فيقول عمر رضي الله عنه اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى لَا تَقْرَبُوا الصَّلٰوةَ وَاَنْتُمْ سُكَارٰى فامتنع بعضهم وقالوا لا خير لنا فيما يمنعنا من الصلوة وقال بعضهم بل نصيب منها في غير وقت الصلوة وقال عمر رضي الله عنه اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب الى قوله تعالى فَهَلْ اَنْتُمْ مُنْتَهُوْنَ فقال عمر رضي الله عنه انتهينا ربنا فقد اكد تحريم (١)

ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل

الخمر بوجوه فانه صدر الجملة بانما وقرن بعبادة الاصنام ومنه قوله عليه السلام شارب الخمر كعابد الوثن وجعلها من عمل الشيطان ولا يأتي منه الا الشر البحت وامرنا بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح واذا كان الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وخسارا وقوله فهل انتم منتهون من آكد ما ينتهي به كانه قال قد تلي عليكم من انواع الصوارف والموانع وهو وقوع التعادي والتباغض والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلوة فهل انتم منتهون مع هذه الصوارف ام انتم على ما كنتم عليه كان لم توعظوا ولم تزجروا *

قوله ثم هو غير معلول اي النص الوارد في الخمر غير معلول عندنا والشافعي رحمه الله جعل الحرمة الثابتة في الخمر معلولة بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد لشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا بعيد لانه خلاف للسنة المشهورة قال عليه السلام حرمت الخمر بعينها وتعليل لتعدية الاسم فانه يثبت اسم الخمر لسائر الاشربة بمعنى المخامرة ثم يثبت حكم الخمر في سائر الاشربة فهذا تعليل لتعدية الاسم والتعليل لتعدية الاحكام لا الاسماء لان وضع اللغة ليس بقياس وانه توقيفي **قوله** انها نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي **قوله** والتقوم يشعر بعزتها يعني قولنا ان الشيء متقوم انه مما يجب ايفاؤه اما بعينه او بماليته وهو القيمة القائمة مقامه فيكون ذلك اشعارا بعزته * (قوله)

وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم المطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيّ خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر

قوله وهو غصب لانه اخذ بغير اذن الشرع او امانة لانه اخذ برضاء صاحبه **قوله** على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة وقد مر ذلك في البيوع **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها كسقي الدواب والتداوي بها بالاحتقان والاقطار في الاحليل كذا في الاوضح **قوله** الا ان حكم القتل قد انتسخ اي لقوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث **قوله** ما لم يسكر منه على ما قالوا قال شمس الايمة السرخسي رح يحد من شرب منه قليلا كان او كثيرا **قوله** لما ذكرنا وهو ما ذكر ان قليله يدعو الى كثيره **قوله** على الاختلاف اي اذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد *

وهوالني من ماء التمراي الرطب فهوحرام مكروه وقال شريك بن عبدالله انه مباح لقوله تعالى تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا امتن علينا به وهو بالمحرم لايتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهوالني من ماء الزبيب فهوحرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعني من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمرحتى لا يكفرمستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمرونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عندابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وماشهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غيران عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثرمن النصف دون الثلثين

قوله وهوالني من ماء التمراي الرطب وانما فسرالتمربالرطب لما ان الشراب المتخذ من التمراسمه نبيذ التمرلا السكروفيه خلاف الاوزاعي رحمه الله وفي السكرخلاف شريك بن عبدالله **قوله** ويدل عليه ما رويناه من قبل اراد به قوله عليه السلام الخمرمن هاتين الشجرتين **قوله** وقيل اراد به التوبيخ اي لم يرد الامتنان واراد التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا اي تتركون وفي بعض الفوائد وتدعونه رزقا حسنا اي تسمونه وفي الآية اضمار والاوجه ان يقال معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا على زعمكم ولا اضمار فيه **قوله** وقد بينا المعنى من قبل وهوقوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب **قوله** خلافا لهما فيهما اي في البيع والضمان **قوله** لا مثلها على ما عرف اي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلايكون مأمورا باعطاء المثل * (قوله)

وقال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته

قوله وقال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من الاشربة اي ماسوى الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لانه قال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من بعد ما ذكر هذه الانبذة **قوله** ومن ذهب عقله اي بمنزلة من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وروي عن ابي حنيفة والسفيان الثوري رحمهما الله انه اذا علم حين شرب انه بنج ينفذ تصرفه وان زال عقله وان لم يعلم لا ينفذ كذا في الاوضح **قوله** وعن محمد رحمه الله انه حرام اي ماسوى ذلك من الانبذة كالمتخذ من الحنطة والشعير وامثاله ويحد شاربه والشيخ الخسرواني رح ذكر في الفتاوى ان الفتوى على قول محمد رحمه الله كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله **قوله** وقال فيه اي في الجامع الصغير ايضا وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله كان يقول اولا مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام لكنه وحده شرط ان لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة ايام فهاتان مسئلتان احدهما ان كل مسكر حرام عند محمد وابو يوسف رحمهما الله اولا ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح والثانية (ان

ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا

و قال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة و ابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد رض انه قال

ان الاشربة نحو السكر ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد حرام عندهما وعند ابي يوسف رح كذلك ولكن بشرط ان يبقى بعد عشرة ايام ولا يفسد اي لا يحمض ثم رجع الى قولهما *

قوله ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وهو ما قال كل نبيذ يفسد عند ابانه فلا بأس به وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه اراد به النبى من ماء الزبيب والتمر انه ما دام حلوا ولم يصر معتقا فهو بحيث يفسد عند ابانه فلا بأس بشربه واذا صار معتقا بان غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول ابو يوسف رح في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر انه اذا صار معتقا لا يحل شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا باس بشربه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح

قوله وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد فيما يحرم اصل شربه وهو الخمر وفيما يحرم السكر منه وهو نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة يعني كما ان الخمر لا يثبت الا وان يثبت على هذا الحد من الغليان والاشتداد والقذف بالزبد لا يثبت كون السكر من هذين الشرابين حراما الا بثبوت هذا الحد فيهما وهو الغليان والاشتداد والقذف بالزبد **قوله** ولا بأس بالخليطين وهو ان يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب و يطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد كذا في الاوضح * (قوله)

سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربةً ما كدتُ اهتدي الى اهلي فغدوتُ اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيّ منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء *

قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرم والنخلة خص التحريم بهما اذ المراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل وقالوا الاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد من لحمه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه *

قوله سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي ابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره ما لا يشربه او يشرب ما كان حراما وهذا يفيد ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا لان الذي سقاه كان مسكرا الا ترى الى قوله ما كدت اهتدي الى اهلي وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهي النيّ منه **قوله** محمول على حالة الشدة اي على العسرة والقحط حيث كره للاغنياء الجمع بين النعمتين بل المستحب ان يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جاره حتى لا يشبع هو وجاره جائع وما روينا من الاباحة محمول على حالة السعة بين الناس حيث اباح الجمع بين النعمتين هكذا روي عن ابراهم النخعي رح كذا في مبسوط شيخ الاسلام **قوله** خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم وهو حرمة ما يتخذ من ثمرهما فيكون ما وراءهما مباحا بالنصوص العامة **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة (الى)

قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد و مالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه ولهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها سواء والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغائرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وهذا لان النص ورد بالحد في الخمر وهذا ليس في معناه فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس وذا لا يجوز ولان الحد شرع للزجر عن ارتكاب سيئة ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزجر كذا في المبسوط*

قوله والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه يعني به قوله كل مسكر حرام على ما ذكر يحيى بن معين قال ثلث احاديث لم تصح روايتها من رسول الله تعالى وذكر من جملتها هذا الحديث فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه فينبغي على هذا ان يكون الكل مما تقدم وتاخر حراما لاستناد كل واحد منها في التقوي الى الآخر قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة (معنى)

لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر وبين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا الا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب فى المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو فى الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ *

قال ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام

معنى وحكما وهذا لان المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام فان تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوي بدنه حلال وما يتخمه وهو الاكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه ما هو المتخم وما زاد على الشبع وان كان هذا لا يكون متخما الا باعتبار ما تقدم فكذلك فى الشراب *

قوله لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب يعني تارة يذهب الماء للطافته اولا وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء وهناك يجوز شربه لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مر وهو الباذق **قوله** فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع والبتات * (قوله)

في حديث فيه طول بعد ذكرهذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولايحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رح يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته *

قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة

قوله في حديث فيه طول وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال كنت نهيتكم عن ثلث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان يمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم لتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه **قوله** وكذا الصالح للمصالح اي وكذا الصالح للمصالح وهو الخل مباح **قوله** والاقتراب لاعدام الفساد اي لابطال صفة الخمرية وكان نظير الاقتراب للاراقة وهو جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان في التخليل اقترابا فان قيل هي نجس العين فيحرم التصرف فيها قياسا على الميتة والبول والدم قلنا ليس كذلك فذاتها ذات العصير وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها بل هي وصفها وهو يقبل (١)

والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر مايوازيها من الاناء فاما اعلاه وهوالذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملىء خلا يطهر في الحال على ماقالوا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا ودبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزء من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا توكل لتنجسها بها ولا حد مالم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه ٭

الزوال كالصبي في الصبي واما قوله عليه السلام لا تتخذوا الخمر خلا فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل اي لا تضعوها مواضع الخل على الموائد كما يوضع الخل ٭

قوله والتخليل اولى بان يكون مباحا من الاراقة اذ في الاراقة ابطال المفسد لاغير وفي التخليل احراز المال وصيانته مع ابطال المفسد فيختاره اي فيختار التخليل على الاراقة **قوله** كما في الكلب والميتة اي لا يحمل الميتة الى الكلب لكن يؤتى الكلب اليها **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله كما في الكلب والميتة **قوله** ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل اكله ٭

(فصل)

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ماذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب د ورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب سته دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ماصب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا وثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه لم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال

فصل في طبخ العصير

قوله الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار اي ما خرج من القدر من شدة الغليان وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن الدورق مكيال للشراب يسعه اربعة امناء وهو اعجمي

قوله ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الماء اسرع ذهابا يطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو (ثلثة)

بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم *

ثلثة وثلث لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني وهو الذي يذهب الماء والعصير معا يجب ان يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى ثلثة عشر لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء * **قوله** بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث فيضربه فيما بقي الى آخره وذلك لان الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن تداخل اجزاؤه في اجزاء الباقي فيزاحمه فيراجع اجزاء الرطل الى اجزاء البقية وهو تسعة ارطال فيكون مع كل رطل تسع رطل فاذا انصب منه ثلثة ارطال فقد انصب ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي ستة ارطال وستة اتساع رطل ولو كان هذا حقيقة ليس انه يطبخ حتى يبقى رطلان وتسعا رطل كذا هنا **قوله** ولها طريق آخر وهو ان الذي ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل فاذا اهريق ثلثة فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب حسابا بالحلال او بالحرام فكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل وان رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث فصار ارطال الحلال ثلثين بينهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم بالصواب *

(كتاب)

كتاب الصيد

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى وَاِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوْا ولقوله عز وجل وحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادُمْتُمْ حُرُمًا وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلتَ كلبَكَ المعلَّم وذكرتَ اسمَ الله عليه فكُلْ وإنْ أكَلَ منه فلا تأكُلْ لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميتَ على كلبك ولم تُسَمِّ على كلب غيرِكَ وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي والله اعلم بالصواب *

كتاب الصيد

الصيد لغة الاصطياد وقد سمي المصيد صيدا تسمية بالمصدر فيجتمع اذا علا صيود الاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى وَاِذا حللتم فاصطادوا امر بالاصطياد وادنى درجات الامر الاباحة والسنة قوله ع م الصيد لمن اخذ ففي هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعا ويستوي ان كان الصيد ماكول اللحم اوغير ماكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل منفعة جلده اوشعره اودفع اذاه عن الناس **قوله** وانتفاع بما هو مخلوق لذلك اي بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع **قوله** وتمكنه من اقامة التكاليف كان ينبغي ان يكون واجبا كوجوب التكاليف لكن كونه غير متعين اوجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلوة فانه متعين لانه وسيلة لاقامة فرض آخر فكان واجبا **قوله** ما يحويه الكتاب اي كتاب الاصطياد احدهما في الصيد بالجوارح كالكلاب والفهود والصقور والبزاة والثاني في الاصطياد بالرمي والله اعلم بالصواب * (فصل)

فصل فى الجوارح

قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلک الا ان تدرک ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ماروينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سَبُعٍ حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلک الاسد والدب

فصل في الجوارح

اعلم ان حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط منها ان يكون الصائد من اهل الذكوة وذا بان يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون اذا لم يعقلا الذبح والتسمية وان يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم او دعوى لا اعتقادا كالكتابي كمامر في الذبائح وان يكون مايصطاد به معلما وان يكون جارحا لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح **قوله** وسائر الجوارح المعلمة كالنمر والصقر والشاهين **قوله** فلا بأس بصيده انما ذكر بلفظة لا بأس لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض كالدب والخنزير وغير ذلک والنص اذا خص منه البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد فيكون ظنيا فتمكن فيه الشبهة فلذلک قال لا بأس به **قوله** ولا خير فيما سوى ذلک الا ان تدرک ذكوته فيذكيه يريد به اذا اخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه اذا قتله الا ان تدرک ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح اي وصيد ما علمتم من الجوارح وهو عطف على الطيّبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح وفي معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحا حقيقة بنابه او مخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة (و)

لا نهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاله فيترسل بارساله ويمسكه عليه *

قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رض عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب

والثاني الكواسب كقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم ويمكن حمله عليهما فيشترط ان يكون من الكواسب التي تجرح ليعمل بالجرح بيقين والمكلب مودب الكلاب ومعلمها ثم عم في كل من ادب جارحة بهيمة كانت او طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين اياها الصيد اى الامساك لصاحبها يعلمونهن اي يؤدبونهن لطلب الصيد ويعلمونهن حال ثانية او استيناف مما علمكم الله من علم التكليب *

قوله لانهما لا يعملان لغيرهما وفي الايضاح اما عدم جواز الاصطياد بالاسد والدب فلعدم تصور تعلمهما لان من عادتهما ان يمسكا صيدهما فلا يأكلانه في الحال وانما يستدل على التعلم بترك الاكل ولو تصور التعلم منهما جاز واما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما **قوله** لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم وهو قوله تعالى وما علمتم من الجوارح والحديث به اي بالتعليم وبالارسال وهو حديث عدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم **قوله** والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آيه تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب وهذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط (قوله)

ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله لان فيما دونه
مزيد الاحتمال فلعله ترك مرة او مرتين شبعًا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا
لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار
ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها
وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم
ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به
كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما
يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف
المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك
المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة *

قوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لكن بين هذه
الرواية عن ابي حنيفة رحمة الله عليه وبين قولهما فرق ففي قولهما انما يصير معلما اذا اصاد
ثلثا ولم يأكل منها فيحل حينئذ الصيد الرابع وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله على تلك
الرواية يؤكل الصيد الثالث على ما يجيء في الكتاب **قوله** وفي بعض قصص الاخيار
وفي المبسوط فقدرنا ذلك بالثلث لانه حسن للاختبار والاصل فيه قصة موسى عليه السلام
مع معلمه حيث قال في الثالثة هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلثة ايام
للاختبار وقال عليه السلام اذا استاذن احدكم ثلثا فلم يؤذن فليرجع وقال عمر رضي الله عنه
اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلث مرات فليتحول الى غيرها **قوله** كما هو اصله في جنسها
اي اصل ابي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير
ما غلب في نزح ماء البير المعينة **قوله** وله انه آية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة
تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على (صاحبه)

قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلابد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه في حرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولابد من الجرح في ظاهر الرواية لتتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا*

صاحبه فاذا حكمنا بانه يمسك وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل كذا في المبسوط * **قوله** او بازيه اي بازيه المعلم ترك صفة التعليم في البازي اكتفاء كما في قوله تعالى وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً اي نساء كثيرة **قوله** بانتساب ما وجد من الآلة اليه وهو الجرح فنسب ذلك الى الصائد بسبب استعماله اياه فتتحقق الذكاة الاضطراري **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل اي في تأويل سوى التأويل الاول الذي ذكر قبل هذه الصفحة بقوله والجوارح الكواسب في تأويل **قوله** ولا تنافي اي بين التأويلين وفيه اخذ باليقين اي في الجمع بينهما اخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يثبت احدهما بدليل يوجب ترجيحه وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع آخذا بالمتقين كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله في الحيض في قوله تعالى وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة **قوله** وجوابه ما قلنا اراد به قوله ولا تنافي وفيه اخذ باليقين (قوله)

قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان فى المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم

قوله كما بيناها فى الابتداء اراد به قوله وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات الى ان قال وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح الى ان قال وعلى الرواية الاولى يحل ما اصطاده ثالثا الى آخره **قوله** واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية لان الحكم بالحرمة لا يتصور الا في محل قائم وقد فات المحل بالاكل **قوله** بان كان فى المفازة بعد واما اذا باع المالك ما اقدره عن صيوده فلا شك ان على قولهما لا ينقض البيع فيه واما على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان ينقض البيع اذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلا **قوله** بان كان فى المفازة بعد يعني لم يأخذه الصائد والحاصل ان على قولهما يحكم بجهله مقصورا على وقت الاكل وعند ابي حنيفة رح مستند **قوله** امضى الحكم فيه بالاجتهاد يعني انما حكمنا باباحة المحرز من الصيود بالاجتهاد لان ترك الاكل يحتمل ان يكون للعلم ويحتمل ان يكون للشبع فصار اباحة المحرز بالاجتهاد فلو (نقض)

وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

نقض نقض بالاجتهاد لان الاكل ايضا يحتمل ان يكون عن جهل في الاصل ويحتمل ان يكون لشدة الجوع اولانه نسي الآن ولان الاصل ان ما امضي بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل الآن ولكن يعمل به في المستقبل كما في سائر المجتهدات بخلاف مالم يحرزه لان الاباحة غير محكوم بها بعد من كل وجه لانا انما نحكم بها اذا خرج من الصيدية من كل وجه وشيء من معناها باق فيه وهو انه في المفازة بعد ونقول اباحة الاكل انما يثبت وقت الاكل لعدم الحاجة قبل ذلك ووقت الاكل بعد الاحراز لان غير المحرز لا يؤكل فان قيل الصيد اسم للمتوحش المتنفر ولم يبق من هذا المعنى شيء قلنا بقي ما يلازمه وهو عدم الاحراز على انا نقول التنفر والتوحش ليس بلازم للصيد فان البيضة صيد باعتبار ماله مع انعدام هذا المعنى فيه فلان يكون هذا صيدا باعتبار ما كان بالطريق الاولى * **قوله** وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل وتحقيقه ان حكم الاباحة في المحرز انما يثبت عند الاكل لانها مبنية على كون الكلب معلما وذلك ثابت بالاجتهاد على ما مر فكان وهما واحتمالا والموهوم يعتبر عند الضرورة وذلك عند الاكل فلم تكن الاباحة ثابتة قبله فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدي الى ابطال حكم امضي بالاجتهاد وباجتهاد مثله بل يؤدي الى المنع فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء **قوله** ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا اي دعاه فلم يجبه ثم صاد اي ثم عاد الى صاحبه فصاد لا يؤكل صيده وما صاده قبل الرجوع الى صاحبه فلا شبهة في انه لا يؤكل لعدم الارسال *

(قوله)

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القي ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله *

قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون فى المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابيحنيفة وابييوسف رح انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال

قوله لانه لم يبق صيدا لان الصيد اسم للمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل وزال عدم احرازه بالاحراز فالتحق بسائر اطعمته واكله من سائر اطعمته لا يدل على جهله فههنا كذلك **قوله** بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية اي باعتبار عدم الاحراز **قوله** اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه اما لفقد الآلة او لضيق الوقت وفقد الآلة ان لا يجده اصلا وضيق الوقت ان يكون الآلة موجودة الا انه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة والاستعداد للذبح * (قوله)

ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره حقيقة لانه لابد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية

قوله ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح يعني ان حكم القدرة على الاصال يدار على الوقوع في يده حيا لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز لتفاوت احوال الناس في الهداية في امر الذبح وعدمها ولهذا قلنا ان الحل اذا سقط وضاق الوقت عن الذبح في المذبح فجرحه في غير المذبح حتى مات لا يحل لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكوة الاختيار وهو حصوله في يده حيا **قوله** والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح لان ما بقي اضطراب المذبوح لا الحيوة المعتبرة وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه اذا لم يتمكن لفقد آلاله لم يؤكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكوة مع نفسه وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله يحل استحسانا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصال لضيق الوقت فبقيت ذكوة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان اخذ القاضي فخر الدين قاضيخان رح **قوله** ردا الى المتردية اي قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التي تقع في البئر ويسقط من الجبال ونحوه (و)

فلوانه ذكاه حل اكله عندابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية اوبينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعندابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ماقررناه ولوادركه ولم ياخذه فان كان وقت لواخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعندابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ماذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد

والجامع عدم نوعي الذكوة الاضطرارية والاختيارية وذلك في المتردية ظاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع في يده حيا بطل الذكوة الاضطراري ولم يوجد الذكوة الاختياري فصار نظير المتردية فلا يؤكل *

قوله فلوانه ذكاه حل عندابي حنيفة رحمه الله هذا ليس لبيان الخلاف بل هذا البيان الاجماع لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعندابي حنيفة رح ذكوته الذبح وقد وجد وعندهما حل بلا ذبح **قوله** وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة الى آخره اي يحل عندابي حنيفة رحمة الله عليه بالذكوة وعليه الفتوى اي على قول ابي حنيفة رحمه الله لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل بين ان يكون للمذبوح حيوة خفية اوبينة **قوله** على ماقررناه اراد به قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح **قوله** ولوادركه ولم يأخذه المسائل المتقدمة فيما اذا ادركه واخذه **قوله** وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعندابي حنيفة رح ذكوة الذبح على ماذكرناه وهوقوله لانه وقع في يده حيا * (قوله)

لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه *

قوله لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اي لا يقدر الكلب على الوفاء بأخذ المعين اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره لان ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره كما قلنا في البازي انه سقط اعتبار ترك الاكل لاستحالة تعليمه ولا يقال جاز ان يكون مقصوده المعين لانا نقول لو كان مقصوده المعين كان باعتبار انه صيد لا باعتبار انه هو **قوله** لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه اي في اوائل كتاب الذبائح حيث قال وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي **قوله** بخلاف ذبح الشاتين اي على التعاقب بتسمية واحدة **قوله** وكذا الكلب اذا اعتاد عادته اي عادة الفهد **قوله** بخلاف ما تقدم وهو قوله فكمن حتى يتمكن **قوله** ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء الى آخره من عادة (١)

قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا واحتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة فى الاخذ وفقدها فى الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذ وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما *

البازي انه يقع على شيء وينظر الى صيده الثانية من الجانب الذي يتمكن من اخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا ينقطع به فور الارسال *

قوله فيغلب جهة الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله ع م ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال احتياطا لان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط فى الترك **قوله** ولو رده عليه الكلب الثاني اي ولو رد الكلب الثاني الصيد على الكلب الاول يعني اذا كان الصيد يفر من الكلب الاول فاستقبله كلب آخر غير معلم فرده حتى اخذه الكلب الاول يكره اكله قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الايمة الحلوائي فالحاصل ان ههنا فصولا ثلثة فى الاول الحرمة وهو فيما اذا شارك الكلب المعلم كلب غير معلم فى الاخذ والجرح وفى الثاني الكراهة وهو فيما اذا عاونه غير المعلم في اخذ الصيد ولم يشاركه فى الاخذ (و)

نح

قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه

والجرح بل رد الصيد اليه حتى اخذه الاول فلما انفرد الاول في الاخذ والجرح غلب جانب الحل فاوجب اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح وفي الثالث الاباحة وهو فيما اذا ازداد اشتداد الاول بسبب غير المعلم فلم يوجب الحرمة ولا الكراهة لعدم مشاركته واعانته في الصيد بل كان اثر فعله في الكلب لا في الصيد فلم يوجب الكراهة في الصيد لذلك *

قوله كما في نسخ الآي فان نسخ المحكم انما يكون بالمحكم ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل **قوله** ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل يعني اذا ارسل المسلم فزجر المجوسي لم تثبت شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل فيما اذا زجره المسلم بعد ارسال المجوسي لان الحرمة اسرع ثبوتا لان مبناها على الاحتياط فلما لم يؤثر فيما هو اسرع ثبوتا فلان لا يؤثر فيما هو ابطاء ثبوتا وهو الحل اولى **قوله** لان الزجر مثل الانفلات من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال والقياس ان لا يحل بزجر المسلم لان زجره ليس بارسال وبدون الارسال لا يحل لانه شرط وجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال فان قيل الزجر بناء على الانفلات فكان الزجر دون الانفلات والشيء لا يرتفع بما هو دونه كما في الارسال والزجر قلنا الزجر مثل الانفلات (لانه)

فقتله الآخر اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر فى الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول *

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب

لانه وان كان فوقه بحسب السبق فهو دونه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا اما الارسال فهو سابق وفعل المكلف والزجر لاحق وان كان فعل المكلف فكان دونه فلا يرتفع به *

قوله فقتله الآخر لما بينا اشارة الى قوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا **قوله** بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول حيث لا يحل اكله لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكوته بعد ذلك بالذبح فى المذبح فجرح الكلب في مثله موجب للحرمة فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة وكذلك حكم الرمي على التفصيل على ما يجيء ان شاء الله تعالى *

فصل فى الرمي

قوله ومن سمع حسا اي صوتا خفيا ظنه حس صيد اي ظن ان المسموع حس صيد فرمى فاصاب صيدا اي غير الذي سمع صوته لان النكرة اذا اعيدت نكرة كان الثاني غير الاول ثم تبين انه حس صيد اي تبين ان المسموع حس صيد يحتاج في اكله الى الذبح او الجرح ويحترز بهذا القيد عما اذا ظنه طير الماء فظهر انه سمكة او صيدا فظهر انه جراد لم يؤكل المصاب فى رواية ويؤكل في اخرى * (قوله)

اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رح انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رح خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رح لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بيناه *

قال فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده *

قوله اي صيد كان اي المسموع حسه اي صيد كان يؤكل لحمه ام لا **قوله** وعن ابي يوسف رح انه خص من ذلك الخنزير اي ان كان الحس حس خنزير لا يحل تناول ما اصابه من الصيد بخلاف سائر السباع لان فعله في سائر السباع مؤثر في طهارة الجلد فجاز ان يؤثر في اباحة لحم ما اصابه **قوله** والظبي الموثق بمنزلته اي بمنزلة الداجن لما بينا اي لان الفعل ليس باصطياد **قوله** لانه لا معتبر بظنه مع تعينه وهذا بخلاف ما اذا اصاب سهمه صيدا او المسموع (حسه)

قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه *

حسه انسان وقد ظنه صيدا حيث لا يحل المصاب لان رميه هنا توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وفيما اذا اصاب المسموع حسه وانه صيد وقد توجه رميه اليه وقع فعله اصطيادا فلم يعتبر ظنه انه انسان مع تعينه للرمي *

قوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي ومنه ربما يتحامل الصيد ويتطير اي يتكلف الطيران والتحامل ايضا الظلم يقال تحامل على فلان اذا لم يعدل الا ان الاول يحمل نفسه على تكلف المشي والثاني يحمل الظلم على الآخر **قوله** الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعري الاصطياد عنه فان قيل يكون في اسقاط اعتباره تخصيص العلة اذ العلة منصوصة وهو قوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته وتخصيص العلة لا يجوز قلنا هذا ليس بتخصيص العلة بل هذا تخصيص النص وانه جائز ولانا نقول العلة انما يكون علة عند تعريته عن الحرج العظيم وفي اعتباره حرج عظيم فلا يكون العلة متحققة فلا يكون تخصيص العلة **قوله** بخلاف وهم الهوام فان احتمال قتل الهوام لازم في كل صيد يغيب عن عين الصائد فسقط اعتبار ذلك (ما)

قال واذا رمى صيدا فوقع فى الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى عنه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لاتدري ان الماء قتله اوسهمك وان وقع على الارض ابتداء أكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لايمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط وآجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله وممالايمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت اولبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رح وحمل مطلق المروي فى الاصل على غير حالة الانشقاق

مادام في طلبه كيلا ينسد باب الاصطياد لانه لا يعري الاصطياد عنه عادة بخلاف ما اذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل لاحتمال الموت بها وهذا الاحتمال ليس بلازم في كل ما يغيب عن العين فلا يسقط عبرته *

قوله واذا رمى صيدا فوقع فى الماء او على السطح او على الجبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا فى الحال اما اذا وقع الجرح مهلكا والحيوة التي بقيت فى الصيد مثل الحيوة فى المذبوح بعد الذبح فوقع فى الماء او على السطح او على الجبل ثم تردى الى الارض لم يضر بل يؤكل على ما قال في هذا الفصل ولهذا لو وقع فى الماء (و)

وحمله شمس الائمة السرخسي رح على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت مع الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لايؤكل كما اذا وقع في الماء

قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرح اكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمناه *

قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك اولعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا

وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم وانما قيد بقوله ثم تردى منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل ابتداء او على السطح فاستقر عليه ولم يتردد توكل وفي الذخيرة واذا اصاب السهم الصيد فوقع على السطح او على الارض من الهواء ومات فانه يؤكل استحسانا ولو وقع على السطح ثم على الارض فانه لايؤكل لان هذه مترديه *

قوله وحمله شمس الايمة السرخسي رح اي حمل شمس الايمة السرخسي رح ما ذكر في المنتقى على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وليس هذا باختلاف الرواية في الصحيح المعراض السهم بلا ريش يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده كذا في المغرب وفيه ايضا البندقة طينة مدورة ترمى بها ويقال لها الجلاهق **قوله** فصار كالمعراض اذا لم يخزق اي المعراض اذا لم يخزق لايوكل فكذا في البندقة خزق المعراض (۱)

اللهم الا اذا كان له حدة تبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحد فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه *

اي نفذ وبالراء المهملة تصحيف والمروة حجر ابيض رقيق كالسكين له حد يذبح به *

قوله اللهم الا اذا كان له حدة تبضع اللهم كلمة تؤتى بها قبل الاستثناء اذا كان المستثنى عزيزا نادرا وكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشيئة الله تعالى في اثبات كونه ووجوده ايذانا بانه بلغ من الندرة حد الشذوذ **قوله** ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وهو قول ابى القاسم الصفار لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدم النجس وقال عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وقيل تحل وهو قول ابي بكر الاسكاف وكان يقول لا بأس باكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقد يحتبس بعض الدم في العروق بحابس يحبسه كما اذا اكلت الشاة العنمات وذلك غير موجب لحرمته بالاتفاق فهذا اصله كذا في المبسوط **قوله** وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا اي يؤيد قول ابى القاسم الصفار على ما ذكرناه *

(قوله)

قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رح اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولاتبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فنخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قدّه بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال

قوله اكل الصيد لما بيناه اي لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح فلما قطع العضو كان الجرح موجودا لا محالة فيحل **قوله** وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه قيد به لانه لو لم يمت من القطع الذي حصل به الابانة واحتيج الى ذكاة اخرى فان المبان لا يحل **قوله** ولا تبعية لزوالها اي لزوال التبعية بالانفصال * (قوله)

بالحديث الذي رويناه ولوضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولوضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني *

قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما اودونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد رح يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل

قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا للاول لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه

قوله بالحديث الذي رويناه وهو احلت لنا ميتتان ودمان *

تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لايسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين اولا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثاني مانقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا

قوله تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني فان علم انه مات من الاول فهو للاول وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته لان الاول قد اصطاده والفعل من الثاني نقص ملك الاول فيضمن **قوله** واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني لان الاول لما اثخنه واخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا يحل بذكاة الاضطرار ويحل بذكاة الاختيار ولو لم يكن رمي الثاني فهو بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه فان قيل لم لا يدخل ضمان نصف اللحم في ضمان نصف قيمته فان من اتلف شاة غيره يضمن قيمتها ولا يضمن لحمها ثانيا قلنا لما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصا بالجراحتين لانه يكون متلفا نصفه حيث اضيف الموت الى فعلها ولكن منقوصا بالجراحتين لان احدهما بفعل الغير والاخرى ضمنها مرة ثم انما يضمن قيمة لحم النصف الآخر لا الذي ضمنه مرة لان كل الصيد كان منتفعا في حق صاحبه بواسطة الذكاة والثاني برميه اخرجه عن ان يكون منتفعا به في حقه فعلم ان تكرر الضمان (لا)

فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا *

قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم (قال قائلهم) صيد الملوك ارانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال * ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب *

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام

لا يكون بازاء محل واحد بخلاف المستشهد وان لم يعلم باي الجراحتين مات فهو كما لو علم بانه مات منهما لان كل واحد من الجراحتين سبب القتل ظاهرا فيضاف اليهما *

قوله فالجواب في حكم الاباحة اي لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن بفعله لنفسه والله اعلم بالصواب *

كتاب الرهن

يقال رهنت الرجل الشيء ورهنته عنده وارهنته لغة ورهنته ضيعتي فارتهنها مني اي اخذها رهنا والرهن المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن وقرئ بهما والرهين والرهينة الرهن ايضا والتركيب دال على الثبات والدوام وفي اللغة جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون حتى لا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهرا او باطنا او ظاهرا فاما بدين معدوم فلا يصح اذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب *

(قوله)

اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع

قوله اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه اي بقيمته وروي ان رسول الله عليه السلام توفي ودرعه مرهون عند يهودي بوسق من شعير ثم المشائخ رحمهم الله استخرجوا من الحديث احكاما فقالوا فيه دليل على جواز الرهن في كل ما هو مال متقوم ما يكون معد الطاعة وما لا يكون معدا له في ذلك سواء فان درعه عليه السلام كان معدا للجهاد فيكون فيه دليلاً على جواز رهن المصحف بخلاف ما يقوله المتعسفة ان ما يكون معدا للطاعة لا يجوز رهنه لانه في صورته حبسه عن الطاعة وفيه دليل على ان الرهن جائز في الحضر والسفر جميعا فان رهنه عليه السلام كان بالمدينة في حال اقامته هنا بخلاف ما يقوله اصحاب الظواهر ان الرهن لا يجوز الا في السفر بظاهر قوله تعالى وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ والتعليق بالشرط يقتضي الفصل بين الوجود والعدم ولكنا نقول ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس في معاملاتهم فانهم في الغالب يميلون الى الرهن عند تعذر امكان التوثق بالكتاب والشهود والغالب ان ذلك يكون في السفر والمعاملة الظاهرة من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا بالرهن في الحضر والسفر دليل جوازه بكل حال وفيه دليل على ان المرتهن يكون احق بالرهن حال حيوة الراهن وبعد وفاته لانه عليه السلام مات ودرعه مرهونة ولو لم يكن المرتهن احق بامساك الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله عليه السلام مرهونة وفيه دليل على انه لا بأس بان يرهن المسلم سلاحا من الذمي بدين عليه وفيه دليل على انه لا باس للامام والقاضي ان يباشر البيع والشراء بنفسه في غير مجلس القضاء خلافا لما يقوله الشافعي رحمه الله وفيه دليل على انه لا بأس بان يشتري الانسان شيئا نسيئة وان كان يمكنه الشراء بالنقد فانه عليه السلام اشترى بالنسيئة وكان يمكنه الشرى بالنقد بان يبيع درعه ثم يشتري طعاما بنقد خلافا لما يقوله بعض المتعسفة فانهم قالوا يكره للانسان الشراء بالنسيئة اذا كان قادرا على الشراء بالنقد * (قوله)

ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة *

قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالک رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه

قوله ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فصار كالوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة وكذا الحوالة فانهما مختصان بالذمة التي هي محل الوجوب اذ الذمة مضمومة الى الذمة في المطالبة او يتحول الدين من ذمة الى ذمة املأ من الاولى والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل لاستيفاء الدين منه **قوله** قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع اذ الراهن لم يستوجب بما اثبت للمرتهن من اليد شيئا على المرتهن فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة واختلفوا في القبول قال بعضهم انه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير الى انه ركن فانه قال في الايمان الاجارة بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يواجر ولا يرهن بدون القبول وهكذا ذكره في المنتقى واما القبض فشرط اللزوم وقال بعض اصحابنا هو شرط الجواز وقال مالک رح يلزم الرهن بالايجاب والقبول لانه عقد يختص بالمال من الجانبين فاشبه البيع ولانه وثيقة بالدين بمنزلة الكفالة والحوالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف في الهبة والصدقة **قوله** ولنا ما تلوناه وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فَضَرْبَ الرِّقَابِ، فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ كان هذا امرا بالرهن بهذه الصفة فينفي جوازه بدون هذه الصفة ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والجبل والجبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله اعلم فرهن رهان مقبوضة ووصفها بانها مقبوضة باعتبار المآل * (قوله)

كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله *

قوله كما في الوصية كانه اراد به الوصية بالتبرع او هو تصحيف الهبة او يكون المراد من امضاء الوصية الموت من غير رجوع عنها فانه اذا مات لا عن رجوع فكانه امضى الوصية من هذا الوجه **قوله** ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية وهي عبارة عن رفع المانع عن القبض **قوله** موجب للضمان ابتداء اراد بابتداء الضمان ان لا يكون مضمونا قبل العقد والرهن لم يكن مضمونا على الراهن حتى يكون الرهن نقلا للضمان فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداء كما في الغصب **قوله** بمنزلة الغصب يعني كما ان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذلك المرهون **قوله** بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان فان المبيع قبل التسلم الى المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء **قوله** والاول اصح لان حقيقة الاستيفاء بالتخلية والقبض الموجب لهذا الاستيفاء ايضا ثبت بالتخلية فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه **قوله** محوزا اي مقسوما وهو احتراز عن رهن المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا اي عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن وقوله متميزا اي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على رأس الشجر بدون الشجر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع **قوله** اذ المقصود لا يحصل قبله اي قبل القبض لان الرهن استيفاء الدين حكما والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون (القبض)

قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ (وقال قائلهم) وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لَا فَكَاكَ لَهُ ۞ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا ۞ والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهي ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره

القبض فكذا الاستيفاء حكما ولان المقصود اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه وذلك انما يكون بالقبض *

قوله قال ومعناه اي وقال الشافعي رح ومعنى قوله عم لا تغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين وقوله لصاحبه غنمه اي زوائده يكون له وعليه غرمه اي لو هلك لهلك على الراهن **قوله** ذهب حقك لا يجوز ان يراد به ذهب حقك في الحبس لان هذا مما لا يشكل **قوله** معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال الراهن لا ادري كم كانت قيمته وقال المرتهن كذلك فهو بما فيه من الدين **قوله** واجماع الصحابة والتابعين على ان (الرهن)

واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلوا ستوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور

الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فقال ابوبكر وعلي رضي الله عنهما هو مضمون بالقيمة وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما مضمون باقل قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رضي الله عنه هو مضمون بالدين قلت قيمته اوكثرت وهو قول شريح فالقول بالامانة خرق الاجماع ولم يفهم احد من اللغة من قوله عليه السلام لا تغلق الرهن نفي لضمان عن المرتهن وذكر الكرخي عن السلف كطاؤس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا على ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يكون مملوكا للمرتهن والدليل عليه ما روي عن الزهري ان اهل الجاهلية كانوا يرتهنون ويشترطون على الراهن انه ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل رسول الله عليه السلام ذلك بقوله لا تغلق الرهن وقيل لسعيد بن المسيب اهو قول الرجل ان لم يات بالدين الى وقت كذا فالرهن بيع بالدين فقال نعم وقوله لصاحبه غنمه الصاحب يحتمل المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال والحمل عليه اولى لان حقيقة الصحبة له فيصير كانه قال للمرتهن غنمه اي الزوائد يصير رهنا عنده وعليه غرمه اي هلاك الرهن على المرتهن وان كان المراد به الراهن فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه والكفن حال موته *

قوله واذا كان كذلك اي لما كان موجب الرهن ملك اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه وتقرر بالهلاك فلوا ستوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا اي الى تكرار الاداء مما يرجع الى اليد وهو معنى الربوا **قوله** ولا وجه الى استيفاء الباقي اي الباقي بعد الاستيفاء يدا وهو ملك الرقبة بدونه اي بدون الاستيفاء يدا هذا جواب اشكال وهو ان يقال يستوفي المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربوا بان يستوفيه رقبة لا يدا الا ان الاستيفاء يدا (تقرر)

والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلاينوب عن قبض ضمان

تقرر بالهلاك فبقي من دينه ملك الرقبة فاذا استوفاه استوفى حقه لازيادة ولا نقصانا فاجاب رحمه الله بان استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصور فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء في حق اليد وذلك ربوا فثبت العجز من الاستيفاء وهذا كما قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله في رجل له على آخر الف جياد فقضاه الف زيوفا فانفقه رب الدين ثم علم انها زيوف سقط اعتبار جودته لانها لا يمكن اخذها منفردة ولا وجه الى اخذها تبعا لانه يصير ربوا فكذا ههنا *

قوله والاستيفاء يقع بالمالية هذا جواب اشكال ايضا وهو ان يقال وجب ان لا يسقط لان المرتهن لم يستوف شيئا من حقه لان الاستيفاء يكون من جنس الحق فاجاب رحمه الله بانه استوفى من جنس حقه لانه يكون مستوفيا من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء بالعين يكون استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وباعتبار الاستيفاء من المالية يتجانس الاموال اما العين امانة في يده وهو بمنزلة الكيس للمالية فكان الراهن جعل مقدار الرهن في كيس وسلمه الى المرتهن ليستوفى حقه وعند الهلاك في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه الا انها لم يصر ملكا له لان المالية صفة العين والاوصاف لا يملك قصدا وهذا كمن اشترى دهنا في زق فسلم البائع الزق مع الدهن فان يد المشتري يكون يد استيفاء في حق الدهن لا في حق الزق وكذلك تسليم الدار الى المستاجر بحكم الاجارة يكون يده يد استيفاء في حق المنفعة ويد امانة في حق الدار حتى ان ما يهلك من المنفعة يهلك على المستأجر حتى يتاكد عليه الاجر بازائه **قوله** وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن وفيه بيان ان العين امانة حتى لا يصير المرتهن قابضا بنفس الشراء بل ينبغي ان يقبض ثانيا*

(قوله)

وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى *

قوله وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء جواب عن قول الشافعي رحمه الله ان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة يعني انما ينعدم معنى الصيانة اذا قلنا بتوى حقه والاستيفاء ليس باتواء للحق بل فيه معنى الصيانة على ما ذكر انه يقع به الامن عند جحود الدين مخافة جحود المرتهن الدين ويعجز عن الانتفاع بالرهن فيتسارع الى قضاء الدين ومن ضروراته فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء وذا لا ينافي كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها يوجب الدين في ذمة المحتال عليه صيانة لحق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا يزول معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء اذا تم ذلك بهلاك الرهن وذا لا يوجد في الصك والشهود **قوله** استيفاء منه عينا بالبيع اي استيفاء منه بعينه بالبيع لا مما يتولد منه لان تعين عين للبيع لا يقتضي تعين عين اخرى للبيع **قوله** منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد وكذا عن ركوبه وشرب لبنه لانه ينافي موجبه وهو ملك الحبس للمرتهن على الدوام ورهن المشاع لا يصح لان قبضه على الدوام لا يوجد فيه اذ في المهاياة يفوت حبسه يوم قبض الراهن ويسقط الدين بالهلاك ويسري هذا الحكم الى الولد لانه يملك ملك الاصل وعنده لما كان حكم الرهن صيرورة المرتهن احق به تبعا بدينه وعند البيع هو احق بثمنه فاذا هلك لا يسقط الدين لانه امانة عنده ولا يسري الى الولد لان (تعين)

قال ولايصح الرهن الابدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رض ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولادين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هوالقيمة ورد العين مخلص على ماعليه اكثر المشائخ وهودين

تعين عين للبيع لايقتضي تعين عين اخرى للبيع وصح رهن المشاع لانه يجوز بيعه وللراهن استرداده وركوبه وشرب لبنه لبقائه على ملكه ولا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع *

قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قوله مضمون على وجه التاكيد والا فجميع الديون مضمون كذا في شرح الاقطع وقيل هو احتراز عن ضمان الدرك وفي المبسوط والرهن بالدرك باطل لان الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن ولوهلك في يد المرتهن لم يضمن لان ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب ولا يصح ان يقال قوله مضمون احتراز عن بدل الكتابة لانه ذكر في فتاوى قاضيخان رح ان المولى اذا اخذ من مكاتبه رهنا ببدل الكتابة جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل ببدل الكتابة **قوله** لان حكمه ثبوت يد استيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيا عليه فان قيل اليس انه اذا دفع ثوبا الى رجل على ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه فلا يكون تاليا للوجوب قلنا لا بل بعد وجود سببه لان القرض يثبت من حيث الاعتبار سابقا على الرهن كما في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم يثبت البيع سابقا على العتق فاذا ثبت القرض سابقا على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار **قوله** ويدخل على هذا اللفظ اي يشكل على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها اي بمثلها او بقيمتها فهي مضمونة بانفسها باعتبار ان المثل او القيمة قائمة مقامها واحترز به عن الاعيان المضمونة بغيرها وهي المبيع في يد البائع فانه مضمون بغيره وهو الثمن وفي المبسوط الرهن بالاعيان على ثلثة اوجه احدها الرهن (بعين)

ولهذا تصح الكفالة بها وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة *

قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذاك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمس مائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى

بعين هو امانة وهو باطل لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة في العين مقصور عليه فاستيفاء العين من عين آخر غير ممكن والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن وهذا لا يجوز ايضا والثالث الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب العقد رد العين ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن *

قوله ولهذا تصح الكفالة بها اي لان الموجب الاصلي هو القيمة تصح الكفالة بها مع ان الكفالة لا تصح الا في الديون **قوله** بخلاف الوديعة اي تبطل الحوالة المقيدة بها بهلاكها لانها تفوت لا الى خلف **قوله** وهو مضمون بالاقل الاقل بالالف واللام وقوله من قيمته اي يوم القبض ومن الدين بيان للاقل اي ايهما كان اقل فهو مضمون به وصورته (قوله)

كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه

قوله فان كان قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر رح يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة لقول علي رضي الله عنه تراد ان الفضل في الرهن اثبت التراد مطلقا وانه يكون من الجانبين فينتظم حالة الهلاك والبيع فيجب التراد في الحالين جميعا في حالة البيع ان كان في الثمن نقصان فالراهن يرد الفضل من الدين وان كان في الثمن زيادة فالمرتهن يرد الزيادة وكذا في حالة الهلاك ان كان في قيمة الرهن نقصان عن الدين فالراهن يرد الفصل وان كان في القيمة فضل على الدين فالمرتهن يرد فضل القيمة على الدين فيثبت التراد من الجانبين *

قوله كما في حقيقة الاستيفاء اذا اوفاه الفي درهم في كيس وحقه في الف يصير ضامنا قدر الدين لاغير والزيادة على قدر الدين امانة فكذلك هذا **قوله** والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة كما اذا رهن عبدا قيمته اكثر من الدين حيث لا تتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل **قوله** ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجيئ ان شاء الله تعالى **قوله** والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه وانما حملنا التراد على (حالة)

كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن

حالة البيع توفيقا بين حديثي علي رضي الله عنه فانه روي عنه اي عن علي رضي الله عنه وهو ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل فقد تبين بهذه الرواية انه انما اراد بالتراد التراد في حالة البيع لا في حالة الهلاك * **قوله** كما بيناه على التفصيل فيما تقدم اي في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وقوله على التفصيل وهو ما فصل فيه بقوله وهذا اي ترك الحبس اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا واما اذا ثبت بالبينة حبسه كما يثبت لظهور المطل بانكاره **قوله** وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن ذكر في بعض الفوائد ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك ان طلب الراهن ذلك لان الرهن غائب فيحتمل هلاكه وعلى اعتباره لا يجب قضاء الدين فاذا حلف المرتهن قضي الدين **قوله** فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر قال القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله اذا تقدم من الراهن (ما)

فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

مايدل على النقد بان قال ان المرتهن يطالبني بدينه ويوذيني فبعه حتى انجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة مالو قال لغيره بع عبدي فاني احتاج الى النفقة *

قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن فصار كانه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدي عدل كذا في زيادات قاضيخان فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك ثم يثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا **قوله** الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن هذا استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين على تقدير اشكال وهو ان يقال لم يصير كان الراهن رهنه وهو دين اذ لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه كما لو كان الرهن في يد العدل وله ذلك فاجاب رح وقال ولاية القبض له باعتبار انه عاقد ويجوز ان يرجع الاستثناء الى قوله وكذا اذا امر المرتهن بيعه فباعه ولم يقبض الثمن لا يكلف احضار الثمن الا ان ولاية القبض له باعتبار انه عاقد **قوله** يكلف لاستيفاء نجم قد حل هذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه واما اذا قال الراهن قد توى الرهن وصار المرتهن مستوفيا دينه وليس علي شيء من الدين وطلب من القاضي ان يأمره بالاحضار ليظهر حالة بامره بالاحضار اذا كان في المصر الذي رهنه ولكن لا يسلم اليه حتى يقبض جميع الدين *

(قوله)

وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلابد من احضارها كلها كما لابد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامران يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لايكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به *

قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه مالم يقبض الدين اويبرئه ولا يبطل الرهن

قوله وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ اي بيع العدل او المرتهن الرهن باذن الراهن بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حيث يجبر الراهن على قضاء الدين في البيع اذا طالبه المرتهن ولا يكلف احضار الرهن قبل قبض الثمن لان الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن وفي صورة القتل لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لانه ما صارت قيمة بفعل الراهن **قوله** وفيما تقدم اي فيما اذا باع العدل او المرتهن **قوله** وامره ان يودعه غيره في الايضاح وضعه العدل عند غيره وديعة وكان في يده **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا * (قوله)

الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي *

قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني

قوله الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ قيد به لانه لو رده على الراهن على وجه العارية لا يبطل الرهن **قوله** لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين وفي المبسوط اختلف المشائخ رح انه لماذا لا ينفسخ بمجرد الفسخ منهم من قال لان الرهن يثبت بالعقد والقبض جميعا الا ان هذا يشكل بالهبة والبيع الفاسد فانه يثبت الفسخ فيهما من غير نقض القبض وان كان لا يثبت الا بالعقد والقبض جميعا ومنهم من قال انما لا يحتمل الفسخ الرد بمجرد القول قبل الرد لان حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حق الحبس فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس والملك وحقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد لان فعلهما مخالف لقولهما والقول متى خالف الفعل لا يعتبر كالسلطان اذا اكره رجلا بالاقرار بالحبس ثم قال لا احبسك ان شئت فاقر وان شئت فلا تقر وهو حابس له في الحال فهذا القول من السلطان غير معتبر لانه يخالف فعله حتى يكون مكرها في اقراره **قوله** قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا في وديعة الذخيرة وذكر محمد رح من جملة من في عياله زوجته وولده واجيره الخاص الذي استأجره مشاهرة او مسانهة لا مياومة ثم ذكر والحاصل ان العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة الا ترى (ان)

فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي فلو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن *

قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل اولم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه

ان المرأة اذا اودعت وديعة فدفعت الوديعة الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها لانهما يسكنان معا الا ترى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع لم يكن في نفقته فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن فعلم ان العبرة لما قلنا *

قوله فهو على الخلاف يعني الاختلاف المعروف في المودع اذا اودع هل يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح لا يضمن وعندهما يضمن **قوله** والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن اي غير مصلحة الحفظ مثل تلقيح النخيل وتسديته وسقيه مرة بعد الاخرى **قوله** وكذلك منافعه مملوكة له اي الاولاد والثمرات وسائر ما ينمو مثل الصوف والشعر وما ينبت من الاشجار في الارض المرهونة وسائر منافعه يريد به ان العين باق على ملكه حقيقة وكذا

واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه اولرده الى يد المرتهن اولرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان كرى الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته

حكما لان منافعه مملوكة له بخلاف المستعير والموصى له بالخدمة فان النفقة عليهما لانهما نزلا بمنزلة المالك بملك المنفعة والمرتهن لم يملكها مطلقا لانه وان ملك حبسها وفيه منفعة اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين الا ان منفعة قضاء الدين مشترك بينهما فلم ينزل منزلة المالك *

قوله واجرة الراعي في معناه اي معنى الانفاق في المآكل والمشارب لانه علف الحيوان اي الاجير سبب علف الحيوان لانه يوصل اليه به فاطلق اسم السبب على المسبب وقيل انه راجع الى الراعي فان قيل كما ان الراعي يسوق الدابة الى العلف فكذلك يحفظها ايضا والحفظ على المرتهن وان كان العلف على الراهن الا ترى ان اجر المربط الذي يأوي اليه الرهن على المرتهن فيجب ان يكون الاجر عليهما نصفين قلنا الراعي للاعلاف لا للحفظ الا ترى ان السارق من المرعى لا يقطع ومن المراح يقطع لان الحفظ تبع والاجر بازاء الاصل كالثمن يقابل الرقبة دون الاطراف **قوله** ومن هذا الجنس كسوة الرقيق اي من جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته **قوله** وكل ما كان لحفظه اولرده اى الحفظ اذا كان للرد الى الراهن فمؤنته على المرتهن لان الحفظ واجب عليه ولهذا لو شرط الراهن شيئا للمرتهن على الحفظ لا يصح ولا يستحقه بخلاف الوديعة فان المودع اذا شرط شيئا على الحفظ يصح **قوله** لرده على يد الراهن وفي بعض النسخ الى يد المرتهن ووجهه انه ابق العبد المرهون فرده انسان الى المرتهن فالجعل عليه **قوله** اولرد جزء منه بان يبيض عين (١)

المناخ

ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

الرهن او يحدث به مرض آخر فالمداواة على المرتهن لان رد كل الرهن واجب على المرتهن فكذلك جزؤه وفي المداواة حفظ الجزء للرد فيكون على المرتهن كما في الكل *

قوله ومن هذا القسم جعل الآبق اي من القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن **قوله** انما يلزمه لاجل الضمان اي لاجل ان الرهن مضمون على المرتهن مالية فيتقدر بقدر المضمون لان جعل الآبق لاعادة اليد ويده في قدر الامانة يد المالك فكانت مؤنته اعادتها على المالك فيتقدر الواجب عليه بقدر ما يكون مضمونا عليه بخلاف اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن لان ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه وامساكه عن الايدي المتعرضة وحبس الجميع وامساك الجميع حق المرتهن ولهذا كان له حبس الكل ما بقي جزء من الدين **قوله** لتعلقه بالعين يعني تعلق العشر بالعين والمالية جميعا وتعلق حق المرتهن بالمالية دون العين فكان العشر مقدما على حق المرتهن لقوته ثم لا يبطل الرهن لوجوب العشر وان كان يتضمن شيوع الرهن ظاهرا لان وجوب العشر لا ينافي ملك المالك في المحل لان ملك الفقير لا يثبت في العشر قبل الاخذ فعلم ان بوجوب العشر لا يخرج قدر الواجب من ملك المالك ولا يلزم (من)

وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كأنّ صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله اعلم بالصواب *

من ذلك شيوع الرهن حقيقة فلا يبطل بخلاف الاستحقاق لان قدر المستحق يخرج من ملك المستحق عليه ويلزم من ذلك شيوع الرهن *

قوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي حتى يأمر صاحبه بالاداء والانفاق ان كان حاضرا وان كان غائبا يأمر الحافظ بالانفاق ليرجع عليه وفي الذخيرة وما انفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو منه تطوع فان امره القاضي ان ينفق عليه ويجعله دينا على الراهن فهو دين عليه ثم قال فقد اشار الى انه بمجرد امر القاضي لا يصير النفقة دينا على الراهن حيث قال ويجعله القاضي دينا عليه قال شمس الائمة وهكذا يقول في كتاب اللقيط واكثر مشائخنا على انه لابد من التنصيص على ان يكون دينا على الراهن اما بمجرد الامر بالانفاق فلا يصير دينا بالاتفاق وهذا لان امر القاضي في هذا الموضع ما كان لالزام المأمور شيئا فانه لا يلزمه بالانفاق لان الامر بذلك متردد بين الامر بالانفاق حسبة وبين الامر بالانفاق ليكون دينا عليه فعند الاطلاق لا يثبت الا ادناهما فلا يثبت دينا عليه الا بالتنصيص وهذا بخلاف صاحب العلو اذا بنى السفل حيث يرجع على صاحب السفل وان كان بغير امر القاضي لانه مضطر فيه لان القاضي لا يجبر صاحب السفل على البناء وبخلاف معير الرهن لانه مضطر في تخليص ملكه ولو اجبر القاضي المستعير على اداء الدين ربما يقدر وربما لا يقدر **قوله** وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه كذا في الايضاح يعني عند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه ولا يملك حجره بخلاف حال غيبته فان فيه ضرورة وعندهما يملك الحجر فينفذ حال حضرته وغيبته والله اعلم بالصواب * (باب)

باب مايجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز

قال لايجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا

باب مايجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قوله هذا اي ثبوت يد الاستيفاء لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع فان قيل كيف يستقيم هذا والشيوع لايمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفي منه حقه يصير مستوفيا حقه من النصف شائعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقق في الجزء الشائع ۔ فان قيل اليد الحقيقية غير معتبرة فان الرهن يتم بالتخلية قلنا الاصل ان تعتبر الحقيقية لان الرهن عبارة عن الحبس فيجب اثبات الحبس باقصى مايتصور وهو الحقيقي الا ان التمكن من الحبس اقيم مقامه فلابد من اثبات التمكن والتمكن من اثبات اليد حقيقة غير ثابت في الشائع فلم يكن التخلية تمكينا **قوله** لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ **قوله** من الوجه الذي بيناه وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود واضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين **قوله** وكل ذلك اى القبض والاستيثاق يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه اي الى الدوام * (قوله)

ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء القبض والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها (وهو الملك) واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن *

قوله ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها اي للوجه الاول وهو ان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء هو بناء في حكم الرهن فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها لان ما ذكرنا من المعنى وهو عدم قبول المشاع حكم الرهن لا يفصل بخلاف الهبة لان المانع من جوازها ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام وذلك مخصوص بما يقبل القسمة ولذا سوينا بين رهن المشاع من شريكه وغيره على هذا الوجه وهو الوجه الاول وعلى الوجه الثاني ايضا لا يجوز من شريكه لانه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا وقوله يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن اراد به الحبس بحكم الرهن لا انه يسكن لانه ممنوع عن الانتفاع بالرهن **قوله** والشيوع الطاري بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف وردة المرتهن يمنع بقاء الرهن اي في النصف الثاني في رواية الاصل وهو الصحيح حتى قالوا في العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه يبطل الرهن في النصف الباقي للشيوع الطاري وعن ابي يوسف رح ان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء اسهل من الابتداء الا ترى ان صيرورة المرهون دينا في ذمة غير المرتهن (يمنع)

قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولازرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل اودون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لاتمنع الصحة ولوكان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولاضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لايدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

يمنع ابتداء الرهن ولايمنع بقاءه حتى اذا اتلف المرهون انسان اوبيع المرهون بثمن يكون القيمة اوالثمن رهنا في ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى دين في الذمة لايجوز وجه رواية الاصل ان الكلام وقع في المحل ومايرجع الى المحل فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في النكاح فان قيل اذا زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولايبطل بموت الاب وان تزوجت مكاتبها ابتداء لايجوز قلنا لان المكاتب لايملك بسبب من اسباب الملك فكذا بالوراثة وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما لايجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لايجوز بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بينا اي في كتاب الهبة وهو قوله وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ولاحاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولايجوز فسخ العقد في بعض الرهن *

قوله لان الشجر اسم للنابت ولهذا سمي بعد القطع جذعا لا شجرا فكان استثناء (الشجر)

ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر *

الشجر استثناء للمنبت فكان رهنا لما سوى المنبت من الارض وذلك جائز بخلاف رهن الارض دون البناء اذ البناء اسم للموضوع على وجه الارض فكان ذلك رهنا لجميع الارض وذلك مشغول بملك الراهن *

قوله ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وهو فيما اذا بقي الباقي شيئا معينا غير مشاع والا بطل كله يعني فيما اذا بقي الباقي مشاعا ومعنى قوله رهنا بحصته اي مضمونا بحصته كما اذا هلك الباقي يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة المستحق فما اصاب الباقي يهلك بحصته وما اصاب المستحق يبقى دينا في ذمته وان كان في قيمة الباقي وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين **قوله** ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة حتى لو اخرج الراهن متاعه وكان هو مع المرتهن فيها قائلا سلمت اليك لا يكون تسليما حتى يخرج ويقول سلمتها اليك **قوله** لانه شاغل لها فالحاصل انه لا يتم تسليم المشغول بالراهن او بملكه الا بازالة الشواغل بخلاف ما اذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه كما اذا رهن الحمل على دابة او المتاع في دار او وعاء دون الدابة والدار والوعاء حيث يتم التسليم قبل اسقاط الحمل واخراج المتاع عن الوعاء والدار لان المرهون فيها شاغل لا مشغول بخلاف ما اذا رهن سرجا (على)

قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلابد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهي ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكها مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح *

على دابة اولجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يتم الرهن حتى ينزعه منها ثم يسلمه لانه تبع للدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل في الرهن من غير ذكر *

قوله لان القبض في باب الرهن مضمون اي قبض يصير به المقبوض مضمونا على القابض بقدر الدين فلابد من ضمان على الراهن حتى يصير المرهون مضمونا على المرتهن بقدر ذلك الضمان وليس في الامانات ضمان فان حق صاحب الامانة مقصور على العين **قوله** وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع بان اشترى عينا ثم ان المشتري اخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل لان المبيع ليس بمضمون الا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئا ولكن به يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن به فلو هلك يهلك بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وانما سماه مضمونا بغيره باعتبار سقوط الضمان ان لم يقبض ورده اذا قبض والا فهو ليس بمضمون لانه اذا هلك يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شيء كما اذا هلكت الوديعة فان قيل ينبغي ان يصح بعد قبض الثمن لانه بعد قبض الثمن كالمغصوب في يد الغاصب من حيث انه لو هلك يجب على الغاصب في ماله شيء وهو القيمة والمبيع بعد قبض الثمن كذلك لانه لو هلك يجب على البائع شيء في ماله وهو رد الثمن قلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الضمان بعد اخذ الثمن ضمان الاخذ لا ضمان المبيع ولهذا لم يجب القيمة ولو كان ضمان المبيع يوجب القيمة كما في المقبوض على سوم الشراء * (قوله)

قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان فى المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما فى الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لاعقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء

قوله والرهن بالدرك باطل وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها الى المشتري وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البائع رهنا قبل الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك اولم يحل فاذا هلك الرهن عنده كان امانة حل الدرك اولم يحل لانه لاعقد حيث وقع باطلا **قوله** ولا استيفاء قبل الوجوب لان الواجب هو الذي يستوفى وضمان الدرك هو ضمان عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق ولا يصح مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا تحتمل الاضافة لان اضافة التمليك الى زمان المستقبل لا يجوز اما الكفالة فمشروعة لالتزام المطالبة لا لالتزام اصل الدين ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن مالا عند رجل بما يذوب له عليه لا يجوز **قوله** يهلك بما سمى من المال بمقابلته اي اذا كان الموعود مساويا لقيمة الرهن او اقل منه اما اذا كان الدين الموعود اكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن لانه يقع الاستيفاء بهذا القدر تقديرا **قوله** لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما اذ الظاهر ان الخلف لا يجري فى الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذ الظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطى له حكمه (كا)

فيضمنه **قال** ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رح لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر *

قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به

كالمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في ايجاب الضمان غير ان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سميا لا بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدأ فيقدر بالدين ضرورة وضمان المبيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجب مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب *

قوله فيضمنه اى الاقل من قيمة الرهن ومما سمي **قوله** لان حكمه الاستيفاء اي حكم كل واحد من ثمن الصرف ورأس المال والمسلم فيه **قوله** وهو المضمون اى المالية هي المضمونة في عقد الرهن لان العين امانة في يده فاذا كان مضمونا من حيث المالية والاموال كلها جنس واحد من حيث المالية فيتحقق المجانسة **قوله** ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل الطعام المسلم فيه لقبض رأس المال (و)

وان كان محبوسا بغيرة كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته *

قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين

وانما كان كذلك لان لرب المال حق حبس الرهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد وفي رأس المال عند فسخه فله ان يحبس الرهن بكل واحد منهما كمن ارتهن بالمغصوب فهلك له ان يحبس الرهن بقيمته لان الواجب بالغصب استرداد الغصب عند قيامه والقيمة عند هلاكه فاذا هلك الرهن في يد رب المال فعليه ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بالطعام المسلم فيه وقد بقي حكم الرهن الى ان يهلك الرهن فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعامه من حين قبض فصار كانه قبض الطعام ثم تفاسخا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة وانما يهلك بالطعام لا برأس المال لانه مرهون بالطعام وانما يظهر اثره في رأس المال في الحبس لانه بدله وقائم مقامه فاذا هلك يهلك بالاصل كذا في المبسوط *

قوله وان كان محبوسا بغيره اى وان كان الرهن محبوسا بغير المسلم فيه وهو رأس المال **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه رهن به **قوله** وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه ثم اراد فسخه للفساد له اي للمشتري ان يحبس العبد ليستوفي الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء الثمن من البائع في البيع الفاسد وقد ذكر في فصل احكام البيع الفاسد من هذا الكتاب وليس للبائع ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا كالرهن *

(قوله)

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه

قوله ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص لمعنيين احدهما ان استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وانما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس وما دونه لانه لو رهن ببدل الصلح عن دم العمد يصح لان البدل مضمون بنفسه وهذا بخلاف ما اذا كان القتل خطأ فصالحه على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع كذا في الايضاح في آخر ما يجوز به الارتهان **قوله** ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري اذ لو هلك لم يلزم المشتري ضمان ولا باجر النائحة والمغنية حتى لو ضاع اي الرهن لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بما ليس بواجب اصلا الا ترى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستاجر بتسليم الاجر كذا في الذخيرة **قوله** لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه آكد من الدين الموعود (قوله)

وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه **قال** ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولوهلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لايجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لوهلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمن للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لوسلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة

قوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه الرواية المحفوظة عن ابي يوسف رح في مسئلة الصلح عن الانكار ان المرتهن لايضمن اذا تصادقا ان لادين ولم يحفظوا رواية في مسئلة من اشترى عبدا ورهن ثمنه ثم ظهر العبد حرا واخواتها ولكن وجدوا تلك المسائل كمسئلة الصلح على الانكار فقالوا قياس قول ابي يوسف رح في هذه المسائل يقتضي ان لايكون الرهن مضمونا وفي الايضاح بعد ماذكر مسئلة من اشترى عبدا ورهن بثمنه او اشترى خلا وشاة الى قوله فالرهن مضمون ثم قال ويجب على قول ابي يوسف رح ان لا يضمن لانه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة **قوله** ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير قيد بالصغير لان الابن لوكان كبيرا لايجوز **قوله** والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لمابيناه وهو قوله لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه **قوله** ويضمنه للصبي وفي الذخيرة والمغني واذا صح الرهن بينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بمافيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت القيمة مثل الدين وان كانت القيمة اكثر من الدين يضمن مقدار الدين (و)

وكذا وكيل البائع بالبيع (اذا باع من غريمه) والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه اومن ابن له صغيرا وعبد له تاجر لادين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد

ولا يضمن الزيادة لان الاب والوصي فيمازاد مودع مال الصغير وفي اللآلي اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي يضمن بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولاكذلك الوصي كذاذكره الامام التمرتاشي *

قوله وكذا وكيل البائع بالبيع يعني اذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما خلافا لابي يوسف رح **قوله** والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبة الرهن من حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي وفي البيع كذلك فانه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله **قوله** واذا رهن الاب من نفسه اي رهن الاب متاع الصغير من نفسه بدين له على الصغير فكان الاب راهنا بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومرتهنا ايضا بالنظر الى انه يأخذ متاع ابنه الصغير رهنا لنفسه بدين له على الصغير **قوله** اومن ابن له صغيرا اي رهن الاب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير بان يكون رجل ابنان صغيران فصار لاحدهما دين على آخر بوجه من الوجوه فرهن الاب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذي هو رب الدين **قوله** اوعبد له اي للاب عبد تاجر ولهذا العبد التاجر دين على الصغير يعني رهن الاب متاع ولده الصغير من عبد نفسه **قوله** لادين عليه اي على العبد وانما قيد به لان الشبهة انما يرد فيما اذا لم يكن على العبد دين لانه حينئذ يكون بمنزلة ان يرهنه من نفسه لان كسب عبده الذي لادين عليه له . ولكن هو غير مانع لماذكرنا انه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذلك هنا واما اذا كان على العبد دين فلا شك في جواز الرهن حتى ان الوصي يشارك الاب في جواز الرهن في هذه الصورة وفي مبسوط شيخ الاسلام وان رهنه من عبد له تاجر فانه جائز سواء كان على العبد (دين) *

ولو ارتهنه الوصي من نفسه اومن هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا

دين اولم يكن واما اذا كان على العبد دين فانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى وانه اعم ولاية من الوصي فان لم يكن عليه دين فانه يجوز من الاب بخلاف الوصي اذا رهن من عبده ولا دين عليه وذلك لانا نجعل ما رهنه من عبده ولا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لا يجوز فكذا من عبده ثم انما جاز رهن الاب من نفسه ولم يجز رهن الوصي من نفسه لان بيعه مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه لا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا لا يجوز رهنه من نفسه لانه مضمون باقل من قيمته ومن الدين* **قوله** ولو ارتهنه الوصي من نفسه بان كان له على الصبي دين **قوله** اومن هذين اي ارتهن الوصي متاع الصغير لاجل ابنه الصغير الذي له دين على اليتيم او ارتهن الوصي متاع اليتيم لاجل عبده التاجر الذي لا دين عليه اذا كان له دين على اليتيم او رهن الوصي عين نفسه من اليتيم لاجل دين على الوصي لليتيم لا يجوز ورهن الوصي من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه فلا يصح كما لو رهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعبده المديون لانه من كسبهم بمنزلة الاجنبي وهم احق بالكسب منه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يبيع من هولاء لانه في البيع متهم وفي حق الرهن لا يكون متهما لان حكم الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي فلانتفاء التهمة نفذ تصرفه معهم (قوله)

وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم

قوله وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه اي اشترى بدين كسوة لليتيم او طعاما **قوله** واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين طلق رهن الاب متاع الصغير فادرك ولم يذكر انه رهن لدين الصغير او لدين نفسه لان هذا الحكم الذي ذكره لا يختلف بين ان يكون الدين دين الصغير او دين الاب وقوله ومات الاب قيد اتفاقي وكذلك ذكر الاب ليس بقيد لان هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل اداء الدين اذا بلغ لا يختلف بين ان يكون الراهن ابا او وصيا للصغير ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه واذا رهن الاب مالا لولده وهو صغير فادرك فاراد رد الرهن ليس له ذلك لان الوصي لو رهن مال الصغير اما بدينه او بدين الصغير ثم بلغ الصغير فاراد ان يرد ذلك لم يكن له ذلك فاذا فعله الاب وانه اعم ولاية اولى **قوله** لوقوعه لازما من جانبه اي من جانب الصغير **قوله** وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه يعني له ان يرجع في مال الاب*

لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضى به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لاغير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة لصغير حتى هلك في يده

قوله لان فعل الوصي كفعله بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون الا ترى ان حكم الرهن لا يثبت يد الراهن في الابتداء اذا جعل عدلا فيها وكذلك لا يبقى حكم يد الاستيفاء بعد ما رجع الرهن الى الراهن واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما يرجع به قبل الرهن ويرجع الوصي به على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم **قوله** وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وهذا هو الصواب وفي عامة النسخ قدر القيمة الى المرتهن وهذا سهو وقع من الكاتب وهذا ظاهر لا خفاء فيه لا حد لان حق المرتهن في قدر الدين لا في قيمة الرهن * (قوله)

يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا *

قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رح لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه فتكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس

قوله يضمنه لحق المرتهن وهو الاقل من قيمته ومن الدين ولا يضمنه لحق الصغير وهو قدر الزيادة على الدين **قوله** فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه اي يأخذ المرتهن ماضمنه الوصي بمقابلة دينه **قوله** ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا اي لانه ليس بمتعد بل هو عامل له **قوله** لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن لانه يبطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا لانه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث (١)

لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بدله من مطالِب ومطالَب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لايصح على ماهو المشهور لان محمدا رح فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذا مع ابي يوسف رح والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين

الوزن فيكون ربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض اي قبض المرتهن في الهالك ويجعل الضمان مكانه ثم يتملكه اي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيتملكه اي ذلك الضمان الذي جعل مكان الاول *

قوله لينتقض القبض لايقال بان القبض قد انتقض لفوات المحل وهو فعل حسي فلا يتصور بدون المحل لانا نقول القبض لا ينتقض الا بالرد او بالاستيفاء ولم يوجد احدهما فيكون القبض باقيا حكما وان فات المحل فيصار الى التضمين بخلاف الجنس ليتم القبض صورة ومعنى فيكون معنى قوله في الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض **قوله** وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لانه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد له من مطالِب ومطالَب ولا مطالِب هنا لانه لو كان اما ان يكون هو الراهن او المرتهن ولا يجوز ان يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالردي لان ذلك يضره ولا ينفعه ولا يجوز ان يكون هو المرتهن لان المرتهن مطالَب فلا يصح ان يكون مطالبا للتدافع **قوله** وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه يعني لا يمكن ان يقال ايضا ان المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار المستوفي ملكا له ومن المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقض وقيل هذه فريعة (ما)

ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه و تكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما

ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة فانه يسقط دينه ولا شئ عليه في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد رح اولا كقول ابي حنيفة رح وآخرا كقول ابي يوسف رح كذا ذكره عيسى بن ابان رحمه الله والاصح ان هذه المسئلة مبتدأة لان محمدا رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في المشهور ومع ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة *

قوله ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة اي بالصياغة ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر اي بالراهن وهذا التعليل لا يطابق قوله لا يجبر على الفكاك بظاهره ووجه ان يقال لا يجبر على الفكاك لانا لو قلنا بالجبر على الفكاك لا يخلو اما ان يجبر على الفكاك ببعض الدين او بكله لا وجه الى الاول لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الثاني بما فيه من الضرر فخيرناه **قوله** وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا لانه لا وجه الى (ان)

عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهوما اذا كانت قيمته اكثرمن وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رح يضمن قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كانّ وزنه اثناعشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لاتعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها

ان يذهب شيء من الدين ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر بالراهن فتعذر الفكاك اصلا فصار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هوفي معناه قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار ان يجعل مضمو بالقيمة عليه ثم يقع المقاصة بين ماله وما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حال قيام الرهن يؤدي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرنا الى التضمين بالقيمة لانه لايؤدي الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله *

قوله عندهما فظاهر لان عندهما حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكل حال فكذلك عند محمد رح لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة فيما اذا كانت قيمة القلب اقل من وزنه **قوله** استحال ان يكون التابع امانة وهذا لان التبع لايخالف الاصل فلوكان كل الوزن مضمونا يجعل كل الوصف مضمونا وان كان بعض الوزن مضمونا يجعل ما بازائه من زيادة القيمة مضمونا حتى لوكان الدين عشرة مثلا ووزن الرهن خمسة عشر (و)

وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها

وقيمته ثمانية عشر فلو انكسر يضمن اثني عشر لان بازاء كل خمسة واحدة فيكون بازاء العشرة اثنان وعند ابي يوسف رح الصناعة كعين مال قائم فانها معتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه لوباع مائة من الجيد بمائة من الردئ الذي قيمته خمسون لا يعتبر من جميع المال بل من الثلث ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر من الجميع كما في البيع الخالي من المحاباة ولهذا قال يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا لان الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر وعن ابي يوسف رح ان الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التمييز *

قوله وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول وهو ان عند محمد رحمه الله ان انتقص بالانكسار درهم او درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء الدين وان انتقص اكثر من ذلك يخير الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء استرده بقضاء جميع الدين لان من اصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة باعتبار ان الجودة والصنعة تابعة للوزن وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع وهذا لان الصنعة مال من وجه كما قرره ابو يوسف رحمه الله انها مال تبعا للاصل ولكن ليس له حكم المالية والتقوم منفردا عن الاصل كما ان حكم الرهن فيما هو امانة ثابت من وجه وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان فاذا كانت الامانة ههنا في الجودة والصنعة قلنا اذا لم ينتقص بالانكسار اكثر من قدر الدرهمين فالفائت ما كان امانة فيجبر الراهن على الفكاك وان كان انتقص اكثر من ذلك فقد فات شئ من المضمون وحالة الانكسار عند محمد رحمه الله معتبر بحالة الهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما بينا كذا في المبسوط *

(قوله)

قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود

قوله ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا ولو لم يكن معينا كان العقد فاسدا قياسا واستحسانا **قوله** حاضرا في المجلس فقبل اي الكفيل الكفالة **قوله** ولانه شرط لا يقتضيه العقد لان ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط كتسليم المبيع على البائع او تسليم الثمن على المشتري **قوله** وفيه منفعة لاحدهما اي للبائع **قوله** وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن فاشتراطهما في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعنى اي معنى الشرط وهو الملائمة فيصح العقد **قوله** فبقي الاعتبار لعينه فيفسد اي لعين الشرط لانه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة لانه لما كان مجهولا يكون المشتري بسبيل من ان يرهن شيئا يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملئ وليس فيه من التوثيق شئ فبقيت العبرة لعينه وانه ادخال صفقة في صفقة فيفسد به العقد **قوله** صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة اي الرهن ثبت في ضمن عقد لازم (وهو)

اويدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة * قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بماينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر رح لايكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مدهٌ الى الاعطاء علم ان مراده الرهن والله اعلم *

وهو البيع فيصير الوفاء به مستحقا كما اذا وكل الراهن العدل اوالمرتهن ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة لازمة ولا يملك الراهن عزله عنها ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن ولا جبر على المتبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم مالم يسلم فلان لا يعتبر لازما بالوعد اولى *
قوله اويدفع قيمة الرهن رهنا وفي بعض الفوائد المراد بالقيمة الدراهم والدنانير لان قيمة الشيء مايقوم مقامه وكانها هوامااذا اراد ان يرهن مكانه عينا آخر فحينئذ يحتاج الى رضاء المرتهن قوله ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن ذكر في بعض الحواشي اي ثوبا آخر غير المبيع وذكر الامام التمرتاشي في الجامع الصغير اشترى ثوبا وقبضه ثم اعطى البائع وقال له امسك بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن في القولين فعلم بهذا انه لاتفاوت بين ان يشير بقوله الى ثوب آخر او ثوب اشتراه وقبضه لان الثوب لما اشتراه وقبضه كان هو وسائر الاعيان المملوكة سواء في صحة الرهن قوله والحوالة في ضد ذلك اي الحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة قوله لما مده الى الاعطاء اي مد امساك الثوب الى وقت اعطاء الثمن علم ان مراده الرهن لانه حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح (بهذا)

فصل

ومن رهن عبدين بالف فقضي حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتها وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذا الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز *

بهذا علم ان مراده الرهن وذلك لان التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكانه قيل رهنتك بالثمن الا ترى انه لو قال ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا او قوله بعتك بالعشرة سواء والله اعلم *

فصل

قوله مبالغة في حمله على قضاء الدين لان قصد المرتهن اضجار الراهن ليتسارع الى قضاء الدين فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج اليه يتكاسل في قضاء الباقي فلا يحصل المقصود ولهذا اذا انقد المشتري بعض الثمن واراد ان يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك فكذا هنا والجامع ان كل واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائهما ليكون حاملا له على قضائهما **قوله** فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به بان قال رهنتك هذين العبدين وكل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسمائة وقال اديت عن هذا العبد واراد ان يأخذ ذلك العبد فكذا الجواب في رواية الاصل اي لم يكن له ذلك وفي رواية الزيادات وقيل هو الاصح له ذلك **قوله** وجه الاول اي وجه رواية الاصل ان العقد متحد لاتحاد الموجب والقابل (وعند)

قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما

وعند اتحادهما لا يتفرق العقد بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني اي وجه رواية الزيادات وهو الاصح ان البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين والرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري البيع في احدهما دون الآخر لا يصح ولو قبل المرتهن العقد في احدهما عند تفرق التسمية صح وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح وكان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت في ذلك اذ هو مضمون بما قابله من الدين سواء كان وحده او مع غيره ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة ولان البيع عقد تمليك والهلاك قبل التسليم مبطل للبيع فبعد ما نقد المشتري بعض الثمن او تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع به بخلاف الرهن فان بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بافتكاك الرهن ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدي ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن في حالة الاجمال حصة كل واحد من العبدين من الدين غير معلوم بيقين فاما عند التفصيل ما رهن به كل عبد معلوم بالتسمية فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين *

قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما جاز سواء كانا شريكين فيه او لا وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي (فصار)

وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة رحمه الله *

قال فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى **قال** فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته **قال** وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما

محبوسا بدين كل واحد منهما وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما *

قوله وهذا بخلاف الهبة من رجلين لان موجب الهبة ثبوت الملك والشيء الواحد يستحيل ان يكون كله مملوكا لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد فدخل فيه الشيوع ضرورة فاما حكم الرهن هو الحبس والعين الواحدة يجوز ان يكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق في استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير انقسام بينهما الا ترى ان الرهن الواحد لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون محبوسا كله بكله وبكل جزء منه فكذا هنا يكون العين محبوسة بحقهما وبحق كل واحد منهما فلا يدخل فيه الشيوع **قوله** وعلى هذا حبس المبيع اذا اشترى رجلان من رجل فادى احدهما حصته لم يكن له ان يقبض شيئا فكان للبائع ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الآخر **قوله** وان اقام الرجلان كل واحد (منهما)

كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له *

قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رح لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم بالصواب *

منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه صورة المسئلة رجل في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد قد رهنتني بالف درهم وقبضته منك ثم اخذت مني بطريق العارية او الغصب واقاما البينة على ما ادعيا فهو باطل *

قوله كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما اصله الغرقي والحرقي والهدمي **قوله** وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا رح اخذ به لقوته ووجه الاستحسان ضعيف لان ذلك عمل على خلاف ما قامت به البينة لان كل واحد منهما اثبت لنفسه حبسا وهو طريق الى مثله من الاستيفاء ولو جعلناه كالرهن من اثنين فقضينا الكل واحد بحبس هو طريق الى شطره من الاستيفاء والحكم بخلاف الحجة باطل **قوله** فيكون القضاء به اي القضاء بالحبس للاستيفاء قضاء بعقد الرهن وانه (باطل)

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رح لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع *

باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان المقصود بعد موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما اثبت لنفسه الاختصاص بالعين حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضي لكل واحد منهما بالنصف فاما في حالة الحيوة فالمقصود هو الحبس وذا مما لا يحتمل الشركة في العين اذ الشائع لا يدوم حبسه وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها واقام كل واحد منهما البينة يقضي لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج بخلاف حال الحيوة وكذا لو ادعت اختان نكاح رجل بعد موته واقامتا البينة يقضي لكل واحدة منهما بالمهر وبنصف ميراث النساء بخلاف حالة الحيوة لان الميراث هو المقصود بعد الموت وهو مما يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحيوة لان المقصود ثم الحل وهو لا يقبل الاشتراك والله اعلم *

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قوله واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن دون المرتهن عند الاستحقاق بان هلك الرهن في يد العدل ثم استحقه رجل فانعدم القبض وقوله في هذا الباب فانعدم القبض مشعر باشتراط القبض عند مالك رح وقد ذكر في اول كتاب الرهن وقال مالك رح يلزم بنفس العقد وهو نص على عدم اشتراطه فكان له قولين في اشتراطه وذكر في المبسوط (وشرح)

قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده

وشرح الاقطع ابن ابي ليلى مكان مالك رح ههنا وفي المبسوط قال ابن ابي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك الرهن في يد العدل لم يسقط الدين وان مات الراهن فالمرتهن اسوة للغرماء فيه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن على الصورة امانة وعلى المعنى مضمون فكانت يده على الصورة يد المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما ويجوز ان تجعل اليد الواحدة في حكم اليدين كما قالوا فيمن عجل زكوة ماله الى الساعي كان يد الساعي يد صاحب المال من وجه حتى لو انتقص النصاب قبل حولان الحول او هلك النصاب كان لصاحب المال استرداد ما دفعه الى الساعي اذا كان ما دفعه اليه قائما في يده ويد الفقير من وجه حتى لو هلك الزكوة في يد الساعي وبقي النصاب الى آخر الحول يقع المؤدي زكوة كما لو دفعه الى الفقير فكذلك يد العدل ههنا فان كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدل على ان يده يد الراهن لا غير كالمرتهن اذا هلك الرهن في يده ثم استحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على الراهن بما ضمن وبدينه على ما يجيء في آخر هذا الباب ثم انما لا يرجع العدل على المرتهن بضمان الاستحقاق مع ان العدل نائب عن المرتهن في القبض للحبس له لان المستحق انما يضمن العدل بضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل ولم يوجد من المرتهن نقل ولا تحويل لا حقيقة ولا حكما بل وجد نقل العين من العدل والعدل في حق (العين)

لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده يأخذها اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل **قال** واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة

العين نائب عن الراهن و في حق المالية نائب عن المرتهن فكانت العبرة لنقل العين لان العين هو الاصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن *

قوله لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده اي لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة وجبت دينا في ذمته ولو جعلها رهنا في يده صار الواحد قاضيا ومقتضيا ما عليه وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك اي جعلت القيمة في يد العدل **قوله** فالقيمة سالمة له اي العدل **قوله** وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن اي وان كان العدل يضمن القيمة بسبب الدفع الى المرتهن كان للراهن ان يأخذ القيمة منه فهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لا يضمن وان استهلك يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان كان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه لدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلك الرهن او هلك لانه دفع اليه على وجه الضمان **قوله** ولا جمع فيه بين البدل والمبدل بهذا اللفظ تحرز عن المسئلة الاولى وهي (١٠)

لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرناه وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم *

قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولابموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة

فالوضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن الى الراهن وهناك لوقضى الراهن دينه الى المرتهن ثم اراد اخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لانه وصل اليه عين حقه وهو الرهن اولا ثم لو اخذ منه قيمته كان جامعا بين البدل والمبدل فلذلك لا يأخذ القيمة هناك واما هنا فلا جمع بينهما *
قوله لانه توكيل ببيع ماله وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان بالجواز احق نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاسقاطات تقبل التعليق وهذا لانه كان ممنوعا عن التصرف في هذه العين لحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه **قوله** الا ترى انه لزيادة الوثيقة اي التوكيل لزيادة الوثيقة والرهن وثيقة فيكون التوكيل وصفا من اوصاف الرهن فيلزم بلزوم الرهن **قوله** كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي اي اذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعي لا يملك عزله بغير محضر من الخصم لانه تعلق به حق المدعي **قوله** لانه لازم باصله وهو التوكيل بالبيع فكذا بوصفه وهو الاطلاق **قوله** لان العقد اي عقد الرهن **قوله** فيبقى بحقوقه واوصافه الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والاوصاف اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الراهن وحق صرف الدراهم بالدنانير * (قوله)

ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري في ماله بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع *

قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه

قوله ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه وفي الذخيرة واذا مات العدل في الرهن وقد كان وكيلا بالبيع فاوصى الى رجل ببيعه لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شيء فيجوز حينئذ لوصيه ان يبيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصي الى ثالث به **قوله** اجبر على بيعه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع فان لم يبع بعد الحبس اياما فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل ابي حنيفة رح فكذلك عند البعض لانه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه اجبار بحق فصار كالاختيار **قوله** لما ذكرنا من الوجهين في لزومه احدهما انه لما شرط في عقد الرهن صار وصفا من اوصافه والثاني انه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه لا يقال بانه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الاول فانه لا يلزم من كون الوكالة وصفا من اوصاف الرهن وكونها لازمة ان يكون الجبر مستحقا عليه لانه لا تأثير له فيه لانا نقول انما يثبت وصف اللزوم في الوكالة حقا للمرتهن فلو لم يجبر على البيع لم تتحقق فائدة اللزوم *

وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية

قوله وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة اي بطلب المدعي **قوله** بخلاف الوكيل بالبيع اي الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه العدل يفارق الوكيل المفرد في اربعة اوجه احدها انه يبيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد والثاني انه يجبر على البيع متى ابى بخلاف الوكيل المفرد والثالث انه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع انه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل وزاد على هذا الامام التمرتاشي مسائل منها ان العدل يبيع الارش وما يؤخذ بالاتلاف والمفرد لا يبيع ومنها ان العدل اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين والمفرد اذا باع باي ثمن كان لا يجوز ان يصرفه ومنها عبد هو رهن اذا قتله عبد فدفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد **قوله** قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول ذكر في المبسوط هو ظاهر الرواية لان الوكالة انما يلزم بسراية اللزوم من الرهن اليها فاذا ثبت قصدا يعطى له حكم نفسه وهي في نفسها اعانة والمعين لا يجبر على الاعانة وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهو تعلق حق المرتهن وهذا اصح وعند ابي يوسف رح ان الجواب في الفصلين واحد اي في المشروط في عقد الرهن (و)

صح

وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما *

قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه

وفي المستانف بعد عقد الرهن يعني يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير والاصل فرواية الجامع الصغير رجل وضع الرهن في يديه وامر ببيعه اذا حل الاجل والى ان يبيعه والراهن غائب يجبر على بيعه ولم يقل امر ببيعه في ضمن عقد الرهن ورواية الاصل فان سلط العدل على بيع الرهن فابى ان يبيعه ورفعه المرتهن الى القاضي اجبره على بيعه * قوله وان كان بدل الدم جواب اشكال مقدر وهو ان يقال بان قيمة العبد ضمان الدم بدليل انه ينقص منه عن دية الحر فاذا كان ضمان الدم والدم ليس بمملوك له ولا يصح رهنه فكذلك بدله واستحقاق المالك اياه لايدل على انه ضمان المال كالدية فالجواب انه وان كان بدل الدم فان المالك يستحقه باعتبار انه ضمان ماليته فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى بخلاف الدية لان الضمان فيه لايستحق باعتبار المالية اذ ليس فيه ثبوت المالية وهنا المالية متحققه وهي حق المالك فبالقتل يتلف حقه فاخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال وان كان بدل الدم قوله وليس له ان يضمنه غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن قوله نفذ البيع وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه *

(قوله)

وان ضمن البائع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه وان ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة

قوله وان ضمن البائع اى العدل **قوله** فاذا تبين انه ملكه اى ملك العدل لم يكن راضيا اي لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن **قوله** ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان هكذا هذه المسئلة وتعليلها قوله ولو لم يسلم العدل الثمن الى المرتهن لم يرجع عليه (لانه)

لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رح وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع **قال** وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رح والجواب انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهي والله اعلم بالصواب *

لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض واذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل وكذا ذكر ايضا في الكافي للعلامة النسفي رحمه الله ثم قال ذكر في الهداية ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل والمراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لان البيع وقع لاجله وبالضمان الثمن او بالموكل الراهن وبالضمان الدين *

قوله لا يرجع به على المتقضي اي على القابض **قوله** فيكون البيع لحقه واذا وقع البيع لحقه وقد سلم له ذلك جاز ان يلزمه الضمان **قوله** وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد **قوله** اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على الموجر والمودع على المودع **قوله** هذا طعن ابي خازم هو بالخاء المعجمة وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد كذا في المغرب قال (١)

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل واذا انفذ البيع باجازة المرتهن

ابو خازم هذا غلط لانه لما رجع بضمان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك فى المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار كما لو ضمن المستحق الراهن ابتداء والجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور والغرور انما يحصل بالتسليم الى المرتهن فانما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون راهنا ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده او بالانتقال من المرتهن اليه كما فى الوكيل بالشراء كانه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لانه بالقبض صار غاصبا فيمالكه الراهن بعده من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن والله اعلم *

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف وعن ابي يوسف رحمه الله انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في خالص ملكه * (قوله)

ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيزه وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او وهب او رهن من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذي فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع

قوله ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح وعن ابي يوسف رح ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا لانه اذا اجاز بهذا الشرط ما رضي ببطلان حقه عن العين الا وان يكون متعلقا بالبدل فاما اذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المرهون والثمن ليس بمرهون فلا يتعلق حقه به **قوله** انفسخ في رواية وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح **قوله** لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك لانه حق قوي الا ترى ان الراهن حجر عن التصرف فيه ويضمن القيمة او المثل كالاجنبي ويضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة وهي بكر وهذه امارات الملكية **قوله** وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اى الى المرتهن **قوله** واجاز المرتهن هذه العقود (۱)

فنفذ البيع الاول فوضح الفرق **قال** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق والمغصوب

اى الاجارة او الرهن او الهبة دون البيع نفذ البيع السابق والاصل ان تصرف الراهن في الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة المرتهن واذا اجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازة المرتهن التصرف الذي لحقته الاجازة وان كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن وان كان المرتهن اجاز اللاحق واذا ثبت هذا فنقول ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتحول حقه الى الثمن وان الثمن يصير رهنا عنده ويكون المرتهن اخص بثمنه من الغرماء اذا مات الراهن فيصح تعيينه لتعلق الفائدة به ولا حق للمرتهن في هذه العقود اذ لا بدل في الهبة والرهن والبدل في الاجارة في مقابلة المنفعة وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق كما لو باع الموجر من اثنين فاجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا حق له في الثمن فكانت الاجازة اسقاطا *

قوله فنفذ البيع الاول سماه اولا وان لم يكن بيعا ن بالنسبة الى هذه العقود لان هذه العقود متأخرة عن البيع ويجوز ان يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود واجاز المرتهن هذه العقود نفذ البيع الاول دون الثاني وهذه العقود لرجحان الاول بالسبق **قوله** وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ ذكر اقواله بلفظ الجمع لان له اقوالا ثلثة ههنا واحد اقواله كقولنا وفي المبسوط فعتق الراهن نافذ عندنا موسرا كان او معسرا وهو احد اقاويل (الشافعي)

ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم

الشافعي رح وفي قول آخر ان كان موسرا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتهن وان كان معسرا لا ينفذ لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق واذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ اعتاقه اولى بخلاف ما اذا كان المعتق موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لان حق المرتهن امكن استدراكه بايجاب الضمان عليه وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها لان المنافع عنده ملحقة بالاعيان في حق قبول العقد والضمان والمولى بالاجارة باع منافع العبد مدة معلومة ثم اعتقه فيبقى الاجارة كما اذا باع نصف العبد ثم اعتق الباقي اما الحر فلا يقبل الرهن (فلا يبقى بعد العتق) فافترقا ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك *

قوله ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وهو سبب الملك كالشراء والارث ونحوها فكان الملك ثابتا للراهن رقبة ويدا وزوال الملك يد الضرورة عارض الرهن والضرورة تندفع بازالة ملك اليد فيكون ملك الرقبة باقيا كما كان وملك الرقبة كاف لصحة الاعتاق كما في الآبق والمغصوب وغيره وقوله تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق لانها اقوى على انه انما يبطل حقه ضرورة بطلان ملك الرقبة لا ان يبطل اصلا بالاعتاق فصار كاعتاق العبد المشترك بل اولى (لان)

واعتاق الوارث العبد الموصي برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضي به الدين

لان ملك الرقبة اقوى من حق المرتهن لان له ملك اليد والرقبة ولهذا ملك اليد فقط فاذا لم يمنع الاقوى الاعتاق فلان لا يمنع الادنى اولى ولهذا اذا اعتق عبدا آجره يصح ويبطل الاجارة ضمنا له ونص عليه صاحب الاسرار في طريقه وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم لان يده مانعة من التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والاعتاق لا يفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق *

قوله واعتاق الوارث العبد الموصي برقبته لا يلغو هذا جواب عما تمسك به في بعض المواضع وادعى انه يلغو اعتاقه لحق الموصى له مع انه ملكه لان ذلك يتصور فيما اذا لم يخرج من الثلث قلنا ليس كذلك لانه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج الى الحرية بالسعاية وذكر في المبسوط مكان هذا اعتاق المريض فقال اعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماء ولكنه يخرج الى الحرية بالسعاية لا محالة فهنا ايضا ينبغي ان لا يلغو الا ان هناك هو بمنزلة المكاتب مادام يسعى وهناك يكون حرا وان لزمه السعاية عند اعسار الراهن لان العتق في المرض وصية والوصية تتأخر عن الدين الا ان العتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية في قيمته لرد الوصية **قوله** وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضي به الدين وفي الذخيرة وان كان الراهن المعتق معسرا فللمرتهن ان يستسعي العبد وينظر في ذلك الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين ليستسعي في اقلها * (قوله)

الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعي في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهار النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري

قوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه اي اذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن لا يقضى به الدين بل يطالبها حاليا الكسب الى ان يوفيه الدين **قوله** لان الخراج بالضمان في المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنه ثم يسمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال ادى خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية وعبد مخارج قد خارجه سيده اذا اتفقا على ضريبة يردها عليه عند انقضاء كل شهر **قوله** اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وهو قوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة **قوله** انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله عند ابي حنيفة رح اعتاق البعض لا يكون اعتاق الكل فيكون السعاية لتحصيل الباقي والعبد (بما)

والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية *

قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما

بما يسعى يملك عوض ما ادى فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بازاء مال واحد وعندهما اعتاق البعض اعتاق الكل فيكون السعاية لتكميله وهذا لان الكل وان عتق على المعتق وصار ملكا له الا ان الثابت ملك لا قرار له فيصير ثابتا في حق نفاذ العتق واما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتا للساكت ومنتقلا الى العبد *

قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا بان هلك الرهن في يده يكون المرتهن مالكا له من حيث المالية واما حق البائع فقط لا يصير ملكا من جهة المشتري بحال **قوله** اقر بتعلق حقه في حال يملك التعليق فيه وهذا لانه لما ملك انشاء الرهن قبل العتق يكون مالكا تعليق عتقه باداء السعاية فيصح اقراره بما يملك انشاءه اذ الولاية باعتبار الملك قائم فلم يعتبر تكذيب العبد **قوله** واذا صحا اي التدبير والاستيلاد خرجا من الرهن لبطلان المحلية وهذا عندنا واما عند الشافعي رحمه الله فالمدبر لا يخرج لانه قابل لما هو حكم الرهن عنده وام الولد يخرج لانها لا يقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها بالاتفاق والفرق له بين الاستيلاد والاعتاق ان الامومية انما تثبت بالنسب وانه لا يتوقف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس (١)

على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه
الزيادة ولا يرجعان بمايؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع
لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا
لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به
الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية اولم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان
كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى *
قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان
رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه

الوطئ وانه ليس بممنوع عنه فان الراهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون ولا يصح
الحجر عن الوطئ لحق المرتهن لانه عسى ان لا تعلق فصح الاستيلاد فلا يتوقف على اذن
المرتهن بخلاف الاعتاق فانه يوجب بطلان حق المرتهن لامحالة فيمنع منه بدون اذنه *
قوله على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق اي اذا كان الدين حالا طولب باداء الدين
وان كان مؤجلا اخذت القيمة وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين فاذا حل الدين اقتضاه بحقه
اذا كان جنس حقه ورد الفضل **قوله** بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
هذا هو الذي وعده بقوله اما اذا كان الدين اقل نذكره **وقيل** الدين اذا كان مؤجلا لم يسع المدبر الا في
مقدار قيمته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيقدر
وجوب العوض بقدر مافوت من المعوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن
وكسبه ملكه فيستسعى في كله **قوله** وكذلك لو استهلك الراهن الجواب فيه كالجواب فيما اذا
اعتق الراهن الرهن الا في السعاية لاستحالة وجوب السعاية على المستهلك * (قوله)

والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمس مائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمس مائة الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ من حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمس مائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمس مائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف *

قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك اي استهلك قيد بقوله هذا المستهلك احترازا من استهلاك المرتهن فان عليه قيمته يوم قبض على ما يجيء ولذلك في الهلاك يعتبر قيمته يوم قبض لا يوم هلك **قوله** كانها هلكت بآفة ولا يقال بان الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر وانتقصت قيمته فانه لا يسقط من الدين شيء قلنا لان ثم العين باق كما كان وانما حصل التغير بسبب التراجع والعين بحال يمكن ان يصير مالية بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك ولم يبق على حال يعود مالية كما كان فاعتبر التغير **قوله** وهو على صفة القيمة اي في الجنس والجودة **قوله** وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر جواب اشكال وهو ان يقال لو سقط الدين بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر تاثير في اسقاط شيء من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر* (قوله)

قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الاترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الاترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلناه ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه

قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان الضمان لو كان باقيا انما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن وبقاء يد المرتهن انما يتحقق ان لو كان يد الراهن يد المرتهن وهذا غير ممكن لان قبض المرتهن قبض مضمون وقبض الراهن غير مضمون وبين كونه مضمونا وغير مضمون منافاة فلا ينوب غير المضمون عن المضمون ولا يقال بان يد الراهن بالاستعارة يجعل يد امانة في حقه ويد ضمان في حق المرتهن كما في فصل العدل فان يد العدل يد امانة في حق نفسه في المالية ويد ضمان في حق المرتهن فكذا هذا لانا نقول لا يمكن ههنا ابقاء ضمان الرهن باعتبار القبض لان القبض قد انتقض وانما يجعل باقيا حكما باعتبار اليد حكما اذا امكن جعل يد الراهن يد المرتهن وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين لان يد المرتهن يد الحبس عن المالك ويد العارية يد الاستعمال للملك وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت يد الاستعمال للملك تناف ولا يتحقق هذه المنافاة فصل في العدل لان يد العدل يد حبس عن المالك كما ان يد المرتهن يد حبس عن المالك فلذلك افترقا **قوله** سقط حكم الضمان لما قلنا اي من المنافاة بين يد العارية ويد الرهن *

(قوله)

وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشر احدهما باذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع

قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي قيد بقوله من الاجنبي لانه لو اعار المرتهن الرهن من الراهن او آجره منه او اودعه عنده كان للمرتهن ان يسترده والاجارة باطلة كذا في فتاوى قاضي خان وغيره **قوله** لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن لان يد العارية غير مضمونة وقبض الرهن مضمون فاذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان **قوله** لما بيناه اي من مخالفة يد الرهن يد العارية **قوله** وهو قضاء الدين فانه لو استأذن ان يقضي دينا عليه بماله كان صحيحا وكذا اذا تبرع انسان بقضاء دين غيره فاذا جاز ان يثبت له ملك اليد والعين بايفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع يجوز ان يثبت له ملك اليد بالرهن ايضا **قوله** ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن اي يجوز ان يثبت له ملك اليد دون ملك العين كما ينفصل زوالا في حق البائع اي كما يجوز ان يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين بان باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري فزال يده لا ملكه * (قوله)

والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص فى الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه فى الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك

قوله والاطلاق واجب الاعتبار يعني اذا اطلق الاعارة فى الرهن ولم يسم ما يرهنه به بعشرة او تسعة او بدراهم او بدنانير او يرهنه من زيد او عمرو كان للمستعير ان يعمل بموجب الاطلاق **قوله** خصوصا فى الاعارة لان مبناها على المسامحة فلا يجري فيها المضايقة والجهالة فيها لا يفضي الى المنازعة فان من استعار دابة له ان يركب بنفسه وله ان يركب غيره وله ان يحمل عليه ما شاء **قوله** وهو ينفي الزيادة اي تعيين المعير بان يرهن المستعير بقدر من المال ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه عليه او على المستعير وينفي النقصان ايضا لانه ربما يرضى المعير بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المستعير بذلك فاذا رهنه باقل فعند الهلاك انما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه **قوله** لتيسر البعض بالاضافة الى البعض يرجع الى القيد بالجنس اي قد تيسر على المعير او على المستعير اداء جنس دون جنس وتفاوت الاشخاص فى الامانة يرجع الى القيد بالمرتهن وقوله والحفظ الى القيد بالبلد **قوله** وقد بيناه فى الاستحقاق اي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب * (قوله)

و وجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لا برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه و وجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضي دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث تخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه

قوله و وجب مثله لرب الثوب على الراهن اي مثل ما سقط عن الراهن بهلاك الثوب **قوله** على ما بيناه وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وقوله لما بينا راجع الى هذا ايضا **قوله** ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن اي اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن ولفظ محمد رح في هذه المسئلة حين اعتبر الراهن ذكر شمس الايمة السرخسي والامام البزدوي لم يكن للمرتهن ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه بخلاف ما اذا تبرع اجنبي بقضاء الدين فلرب الدين ان لا يقبله منه لانه متبرع لانه لا يسعى في تخليص ملكه او تفريغ ذمته **قوله** ولهذا يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر المضمون لا اكثر منه لانه ذكر في الايضاح وفي فتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك به الدين ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع باكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة فان قيل لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب (على)

ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته

على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما يتحقق به الايفاء*

قوله ولو اختلفا في ذلك اى المعير والمستعير بان قال المعير هلك في وقت الحبس وقال المستعير وهو الراهن هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول المستعير وهو الراهن مع يمينه لان الضمان انما يجب على المستعير بايفاء الدين منه وهو ينكر الايفاء فان قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشأ منه فكان منكرا للضمان **قوله** كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امره مكان كما لانه في لفظ كما يختلف الغرض اذ فى الاول القول للراهن وهو المستعير وفى الثاني القول قول المعير فكيف يصح التشبيه الا ان يقال التشبيه فى الانكار من غير نظر الى كون المنكر معيرا او مستعيرا **قوله** في انكار اصله اى العارية بتاويل عقد العارية **قوله** يضمن قدر الموعود اى المرتهن للراهن **قوله** لما بينا اشارة الى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة **قوله** لان سلامة مالية الرهن باستيفائه الى آخره بيانه ان الدين الموعود كالموجود فلو كان الدين موجودا وهلك الرهن (في)

لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعة لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا

في ضمان المرتهن يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعود اذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين فاذا استوفاه من المرتهن وهو ومالية الرهن سواء يصير الراهن مستوفيا مالية الرهن بواسطة الاستيفاء وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء *

قوله لان الحق قد تعلق برقبته اي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضاء المعير وقد استهلكه بالاعتاق فصار كما استهلكه بالاتلاف وهو في هذا الحكم كاجنبي آخر فيضمن قيمته ثم يرده على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو اخذ المعير الرهن من المرتهن ثم استرده المرتهن كان رهنا عنده الى ان يقبض دينه فاذا قبض يرده على المعير كذا هذا **قوله** لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما اي ضمان التعدي بالاستخدام والركوب لا ضمان قضاء الدين فان المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين لان الراهن بعدما قضى الدين لما هلك الرهن في يد المرتهن فيرجع بما ادى اليه من الدين لان الرهن لما هلك في يد المرتهن يصير مستوفيا حقه من مالية الرهن فيرد الى الراهن ما اقتضاه من الدين كيلا يتكرر الاستيفاء فاذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن في قدر ما وقع به الايفاء **قوله** فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فان قيل ليس ان المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرء عن الضمان ما لم يصل العين الى المالك وهذا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه قلنا (ثم)

بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء *

قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه **قال** وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال

ثم يد المستعير يد نفسه فبالعود الى المكان المشروط لا يصير رادا العين على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده كيد المالك فبالعود الى الوفاق يصير رادا عليه حكما وما نحن بصدده نظير مسئلة الوديعة لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ به من الضمان *

قوله بخلاف المستعير اي بخلاف ما اذا استعار عينا لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق لم يبرأ عن الضمان **قوله** وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم فالمعنى من المحترم هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله **قوله** ومعناه ان يكون على صفة الضمان الدين بان كان الدين دراهم او دنانير اما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط **قوله** والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال وهي ما اذا كانت الجناية خطاء في نفس او فيما دونها اما الجناية الموجبة للقصاص فمعتبرة اما على المرتهن فلا يشكل واما على الراهن فلان المستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبي آخر الا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص لا يصح وبالجناية الموجبة للمال يصح واقراره على نفسه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح وبالموجبة للمال باطل * (قوله)

اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الاترى انه لومات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد عليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابيحنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي *

قوله اما الوفاقية وهي جناية الرهن على الراهن فلانها جناية المملوك على المالك الاترى انه لومات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه فانها يعتبر عند ابي حنيفة رح مع ان المغصوب مضمون على الغاصب كما ان المرهون مضمون على المرتهن لان الملك عند اداء الضمان يثبت على الغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فتبين ان العبد جنى على غير مالكه فاعتبرت فاما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين ولهذا لومات كان الكفن على الراهن فلا يتبين به ان جنايته كانت على غير مالكه فلهذا كانت هدرا فالحاصل ان المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعة فباعتبار انه كالامانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرا وباعتبار انه كالمغصوب يجعل جنايته على الضامن هدرا **قوله** ولهما في الخلافية اي في جناية الرهن على المرتهن ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع الى المجني عليه وللمرتهن (غرض)

قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رح هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس

غرض صحيح في تملك العبد وان سقط دينه فوجب ان يعتبر وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء انفع له ففي اثبات الخيار له توفير النظر عليه وبه فارق ما لو جنى على مال المرتهن لانه لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها الملك ولكن المستحق بالدين مالية العبد ليباع فيه وذلك مستحق له بدينه فلا فائدة في اعتبار جنايته على ماله فلهذا لا يعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن اي بالدفع وهذا التفريع على قولهما ولهما ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانه مخاطب هو ايضا بالدفع او بالفداء كالراهن فحينئذ كان حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب جناية واحدة والقول به اشتغال بما لا يفيد وذلك ان المرتهن في الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته الا ترى انه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا يعتبر جنايته عليه وهذا لان اصل حق المجني عليه في بدل الفائت وهو الارش الا ان للمولى ان يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد ان شاء ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق اصل البدل لانه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب له على نفسه ارش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من الفداء شيء فصار هذا وجنايته على مال المرتهن سواء وكان بمنزلة جانب الراهن وهناك يستوي بين جنايته على نفسه وماله فكذا في جانب المرتهن *

قوله واصله ان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين حتى لو كان الرهن على حاله فنقص سعره فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن (قوله)

وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما اقام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء اونقول لايمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا **قال** وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الابقدر ما استوفى كذا هذا

قوله وذلك لا يعتبر في البيع يعني اذا تغير سعر المشترى قبل القبض لا يثبت الخيار للمشتري ولا في الغصب يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب **قوله** حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية **قوله** اونقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف اي الف الدين بمقابلة مائة الرهن وهي المائة التي غرمها الحر بقتل الرهن فجعل رهنا مكان العبد المقتول لان المائة لا يجوز ان يكون بمقابلتها اكثر من مائة فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة فلهذا لو كان القاتل عبدا قيمته مائة فدفع مكانه يكون رهنا بالف درهم كالاول عندنا على ما يجيء لان ذلك يجوز ان يكون بمقابلة الف درهم شرعي فكذلك جسا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير فانه يبقى جميع الدين باعتباره لانه يتوهم استيفاء جميع الدين منه بان يعز الدنانير حتى يبلغ قيمته هذه الدنانير الف درهم **قوله** وان كان امره الراهن ان يبيعه (فباعه)

قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابى حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر رح ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رح فى الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف

فباعه بمائة ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينقص سعره صح البيع ايضا عند ابى حنيفة رح ويصح عندهما ان قال بع بما شئت واذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن لما باعه باذنه وصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا ٭

قوله وان قتله عبد قيمته مائة اي قتل العبد الذي يساوي الفا وهو رهن بالف ولم يتراجع سعره فدفع مكانه افتك بجميع الدين من غير خيار عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقول محمد وزفر رح مذكور في الكتاب وعلى هذا الخلاف اذا قتله بعد ما تراجع سعره الى مائة فدفع به وهنا فصول اربعة احدها ان ينقص سعره وعينه قائم والثاني ان يقتله حر بعد ما تراجع سعره وغرم قيمته ففيهما خلاف زفر رح والثالث ان يأمر الراهن ببيعه فباعه بمائة وهذا الفصل بالاتفاق والرابع ما اذا قتله عبد قيمته مائة فدفع به ففيه خلاف محمد وزفر رح **قوله** كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل (في

وان قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لايملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه

في يد الغاصب اي اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما وانما قيد فيهما بالقتل لان سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لاخيار للمشتري والمغصوب منه بل يأخذهما من غير خيار اما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما يتخير المشتري بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المغصوب* **قوله** وان قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن اي اذا كانت قيمة العبد والدين سواء لان العبد في ضمانه ويقال للمرتهن افد العبد من الجناية فاذا افداه كان دينه على حاله وانما بدي بالمرتهن لانه لو خاطبنا الراهن من اجائز ان يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان له ان يقول انا افدي حتى اصلح رهني **قوله** فصار كالهلاك والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن **قوله** كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء (و)

لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به

واذا كان على المرتهن فقداه الراهن فيجب للراهن على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الراهن *

قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية اي وعلى حق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى بدليل انه لو استهلك مالا يباع فيه ولا يؤخر الى ان يعتق ومقدم على ولي الجناية لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر علم ان الدين كان مقدما حقيقة واذا كان دين العبد مقدما على حق المولى فلان يكون مقدما على حق المرتهن اولى لان للمولى حقيقة الملك وللمرتهن اتصال حق بمالية العبد وانما يقدم حق المرتهن على المولى فيما اذا كان بين المولى والمرتهن لان المولى آثر المرتهن على نفسه اما ههنا الكلام في حق الثالث معهما بسبب دين ثبت له في رقبة العبد **قوله** والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وهو قوله لانه لا يملك التمليك (قوله)

فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن وكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور

قوله فان تشاحا بان قال المرتهن انا افدي او قال المرتهن انا ادفع او على العكس فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا وذلك لان الراهن اذا قال انا ادفع فالراهن بالدفع يسقط حق المرتهن والمرتهن بقوله انا افدي لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه من غير اضرار بالراهن فلذلك كان اختيار المرتهن للفداء اولى واما لو قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن ولا فائدة ايضا في اختيار المرتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء وفي الدفع اسقاط حق الراهن في الرقبة وله غرض صحيح في استبقاء الرقبة بالفداء فكان في اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة فلا يعتبر **قوله** وهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وهو زيادة التوثق لاستيفاء دينه **قوله** وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور وفي المبسوط ابو حنيفة رح يقول المرتهن احد من يطالب بالفداء في هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالراهن وهذه النكتة تقتضي ان لا يكون متبرعا حالة الحضر ايضا وروي عندهما على عكس هذا انه لا تصيره متبرعا حالة الحضر ويكون متبرعا حالة الغيبة لان المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن ولا يمكنهم الاخذ منه فيكون متبرعا في الفداء وحالة الحضرة المجني عليه يخاطبهما بالدفع او الفداء فلا يتوصل الى الحبس الا بالفداء فلا يكون متبرعا كصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعا فهذا مثله * (قوله)

وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى اودفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء فكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا *

قوله وسنبين القولين اي قول ابي حنيفة رح وقول مخالفيه وهو ما ذكر بعد هذا الخطوط في قوله ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول ابي حنيفة رح الى آخره **قوله** لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع لان موجب الجناية الدفع او الفداء وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر في الكتاب انه ان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك اذا فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء فيكون سقوط الدين من اللوازم فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الجناية الا وسقوط دين المرتهن يلازمه فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا لانه قصد به تطهير ملكه عن الجناية وهو محتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا في نصيب المرتهن كمعير الرهن اذا قضى الدين ثم ان رد عليه المرتهن نصف الفداء بقي مرهونا كما لو فداه به وان ابى ذلك ونصف الفداء مثل الدين او اكثر فقد خرج من الرهن لان المرتهن حين ابى الفداء رضي بتوائه فيجعل في حقه كانه هلك **قوله** وان كان غائبا لم يكن متطوعا ذكر الغيبة مطلقا وكذا في الايضاح والمبسوط وشرط في الاسرار ان يكون الغيبة منقطعة * (قوله)

قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصيه وان لم يكن وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ما له من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع لوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى *

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء

قوله لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي **قوله** جاز اي عقد الرهن وهذا كالراهن اذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن وان قضى الراهن دينه ينفذ البيع والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ذكر صاحب المحيط هذا اذا لم ينقص من الوزن شيء فاما اذا نقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون هو رهنا بما بقي من الدين وقوله ثم صار خلا يساوي عشرة هذا القيد وقع (اتفاقا)

فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود واما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشائخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع *

اتفاقا لان انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين اذا بقي القدر على حاله كما لو انكسر القلب وبقي الوزن على حاله *

قوله فهو محل له بقاء وذلك لان الخمر مال الا انه ليس بمتقوم فبالنظر الى جهة المالية يقتضي المحلية والنظر الى انه ليس بمتقوم يقتضي انعدام المحلية فعملنا بالشبهين فقلنا بانه ليس بمحل ابتداء وانه محل بقاء ولم نقل بالعكس لان ما يكون محلا للابتداء فهو محل للبقاء فان البقاء اسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين **قوله** فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف هذا فيما اذا نظر الى قيمة الجلد والى قيمة اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمة اللحم تسعة وقيمة الجلد درهما كان الجلد رهنا بدرهم وانما يعرف اذا نظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة علم ان قيمة الجلد درهم يوم الرهن لانه بازاء كل درهم من الشاة درهم من الدين فيسقط من الدين تسعة ويبقى الجلد رهنا بدرهم وان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة ثمانية علم ان قيمة الجلد درهمان فيكون الجلد رهنا بدرهمين وانما وجب النظر الى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة لان الاصل ان قيمة الرهن انما يعتبر يوم الارتهان هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت قيمة الشاة مثل الدين اما اذا كانت قيمة الشاة اكثر من الدين بان كانت قيمة الشاة عشرين وقد دبغ الجلد فانه ينظر الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان (فان)

قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه

فان كانت قيمته يوم الارتهان درهما بان كانت قيمتها حية عشرين ومسلوخة تسعة عشر علم ان قيمة الجلد كانت درهما فيكون رهنا بنصف درهم لان بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم ويسقط بازاء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة اقل من الدين بان كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما فقد ذهب من الدين اربعة والجلد رهن بستة لان الخمسة من الدين كانت باقية وبمقابلة الخمسة الاخرى كانت الشاة مرهونة فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب وهو الخمسة وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة وهو درهم وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين فلهذا كان الجلد مرهونا بما بقي من الدين وهو ستة ولم يعد اربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى عن اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة فكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين ثم هذا الذي ذكره محمد رح ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا يشكل اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لاقيمة له بان تربه اوشمسه لانه في هذه الحالة لايستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئا حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بماله قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كما لوغصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث وجب له على الراهن هل يبطل الرهن الاول ام لا قال الفقيه ابو جعفر رح فيه قولان في احدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة مازاد الدباغ فيه حتى لو ادى الراهن قيمة مازاد الدباغ فيه اخذ الجلد لانه صار مرهونا بالدين الثاني حكما ولو صار مرهونا بالدين الثاني حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول بالثاني فكذا اذا صار مرهونا به حكما وفي القول الآخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشيء انما يبطل بما هو مثله او فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف ينفسخ بالبيع بالف وخمسمائة لانه مثله ولا ينفسخ بالرهن والاجارة لانه دونه (و)

ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصة يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض

والرهن الثاني دهنا دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد الدبغ وتلك المالية تبع للجلد فانه وصف له والوصف يتبع للاصل والرهن الاول بما يحكم هو اصل بنفسه وليس يتبع لغيره فيكون اقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني ويثبت الثاني ايضا لانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن*

قوله ويكون رهنا مع الاصل اي معنى انه يحبس كما يحبس الرهن **قوله** والرهن حق لازم فيسري اليه ومعنى قوله حق لازم اي متأكد بحيث لا اختيار فيه ودليل التاكيد هو ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف حق ولي الجناية في الامة الجانية حيث لا يسري الى الولد لانه ليس بمتأكد في الجارية حتى ينفرد المالك من ابطاله بالفداء والاصل في هذا ما هو الجاري على السن الفقهاء بقولهم الاوصاف القارة في الامهات يسري الى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في الامهات فيسري الى الولد وقال الشافعي رحمه الله النماء ليس برهن وبه قال مالك رحمه الله لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين عنده وذا ليس بحق متأكد في العين فلا يسري الى الولد كحق الوكالة بالبيع ولا يقال يشكل بالجارية الموصى بخدمتها اذا ولدت لا يسري حق الموصى له بالخدمة الى الولد وان كان حق الموصى له لازما لانا نقول حق الموصى له في المنفعة لا في العين الا انه لا يتوصل الى المنفعة الا بكون العين محبوسة عنده فكان تعلق حقه بالعين باعتبار الضرورة فلا يتعدى موضع الضرورة كالمستأجرة اذا ولدت لا يسري حق المستأجر الى الولد فكذا ههنا **قوله** لانها لم تدخل تحت العقد اي الاوصاف والاتباع لم تدخل تحت العقد الوارد على الاصل مقصودا فلا يكون لها قسط مما يقابل بل بالاصل فان قيل (يشكل)

والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذ ابقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهولك حلال فحلب وشرب فلاضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر

يشكل بارش اطراف الرهن فانها تبع للرهن ومع ذلك يكون في مقابلتها شيء من الدين المقابل بالاصل حتى يسقط من الدين اذا هلك الارش في يد المرتهن بقدره قلنا الاطراف اذا وجد فيها فعل حسي يكون مقصودة فاذا كان الطرف مقصودا بواسطة الفعل الحسي يكون الارش وهو انما يجب بدلا عن ماليته مقصودا كذلك فلا يرد ذلك نقضا علينا * **قوله** والزيادة تصير مقصودة بالفكاك وذلك لان الزيادة لاتصير مقصودة الا بفعل حسي كما ذكرنا ولافعل ههنا سوى الفكاك فيصير مقصودا به فاذا صار مقصودا لابد من القول بان في مقابلته شيئا اذ لو لم يكن في مقابلته شيء لما كان لابقائه فائدة والشرع منزه عن مثله وانما قلنا بان الرهن باق فيه لانه كان رهنا في حيوة الام وبموت الام لايبطل الرهن بل ينتهي والشيء اذا انتهى تقرر فاذا تقرر الرهن في الام يبقى في الولد كما كان اذ التبعية بينهما انما كانت حكما لا حسا واذا كانت التبعية حكما يبقى كذلك تبعا للاصل حكما وان هلك حسا كولد المبيعة قبل القبض اذا ماتت المبيعة يبقى البيع ببقاء الولد والبيع انما يثبت في الولد بطريق التبعية بدليل ان الولد لو مات عند البائع لا يسقط من الثمن شيء ثم اذا بقي الرهن في الولد يعتبر قيمته يوم الفكاك لان الولد انما يصير في مقابلته من الدين شيء يوم الفكاك **قوله** والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع لا يكون لولد المبيع حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض **قوله** فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا (اي)

ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس *

قال وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف رح تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا تجوز فيهما

اي لكونه مقصودا بالفكاك تفسيره اذا كانت قيمة الاصل الفا والولد يساوي الفا فالدين نصفان في الظاهر فان مات الولد ذهب بغير شيء ويبقى الدين بازاء الام وان ماتت الام وبقي الولد ثان افتكه افتكه بنصف الدين وان هلك الولد بعد موت الام ذهب بغير شيء وذهب كل الدين بموت الام *

قوله ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك وفي الذخيرة اذا حلب المرتهن الشاة التي هي رهن باذن الراهن وشربه فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان فيكون رهنا عند المرتهن ومحبوسا بالدين مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته ويكون القيمة رهنا عند المرتهن مع الشاة ثم التقييد بالشاة انما يظهر فائدته في جانب الضمان فيما اذا حلبها بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان امة فارضعت صبي المرتهن بغير اذن الراهن لم يحتسب به لان لبن الآدمي لا ثمن له **قوله** وتجوز الزيادة في الرهن بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بعشرة ولا تجوز الزيادة في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح وهو القياس اي اذا رهن عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين آخر بالشراء او الاستقراض فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين الحادث عندهما بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق * (قوله)

والخلاف معهما فی الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه فی البيوع ولابي يوسف رحمه الله فی الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن فی البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فی البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة فی الدين توجب الشيوع فی الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة فی الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الاترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع فی الدين

قوله والخلاف معهما فی الرهن اي في زيادة الرهن والمنكوحة اي في زيادة المنكوحة بان زوج المولى امة من رجل بمهر مقدر ثم زوج المولى امة اخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما **قوله** وقد ذكرناه فی البيوع اي فی الفصل الذي ذكره في باب المرابحة والتولية **قوله** ولابي يوسف رح فی الخلافية الاخرى وهو قوله وقال ابو يوسف رح يجوز الزيادة فی الدين ايضا **قوله** ان الدين في باب الرهن كالثمن فی البيع والرهن كالمثمن حتى يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة فی الرهن ملحقة باصل العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة فی المبيع والثمن **قوله** والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان الزيادة ففی الثمن انما يصح بالتحاقها باصل العقد فانه لولا ذلك لما صحت الزيادة ثمنا فكذا الزيادة فی المبيع يصح لهذا الوصف ايضا والدين مع الرهن كالثمن مع المبيع ويجوز الزيادة فی الرهن بالتحاق الزيادة باصل العقد فكذا الزيادة فی الدين بجامع الحاجة والامكان فان الحاجة يمس الى الزيادة فی الدين كما يمس الى الزيادة فی الرهن بان يكون في مالية الرهن فضل على الدين ويحتاج الراهن الى مال آخر فيجعلانه رهنا بهما واما الامكان فلان العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع الى وصف مشروع بان يصير قيمة الرهن مثل الدين او اقل وانه مشروع فی الابتداء فكذا فی الانتهاء ولهما ان الزيادة فی الدين يؤدي الى الشيوع فی الرهن لان بعض الرهن يفرغ من الدين (١)

والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولامعقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاصل يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض

واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام

الاول ليثبت فيه ضمان الدين الثاني فبقي حكم الاول في البعض مشاعا والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن فاما الزيادة في الرهن فيؤدي الى الشيوع في الدين لان بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الاول الى الثاني والشيوع في الدين لايضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنا *

قوله والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين جواب لابي يوسف رح في قوله والا كان لان الالتحاق باصل العقد في المعقود عليه او المعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به لان المعقود به مايكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ الرهن فلايمكن اثبات الزيادة فيه ملتحقة باصل العقد واما الرهن فمعقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولايبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضح الفرق **قوله** ويسمى هذه اي الزيادة في الرهن زيادة قصدية بخلاف نماء الرهن فان ذلك زيادة في الرهن وليست بقصدية بل هي زيادة ضمنية ويختلفان حكما ايضا فان الدين يقسم على قيمة الزيادة في الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك **قوله** واذا ولدت المرهونة (و)

ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام *

قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر الف جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها

واذا رهنت امة بالف وقيمتها الف وولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدا يساوي الفا بان قال زدتك هذا العبد مع الولد فالعبد رهن مع الولد فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمة يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ايضا لانها ملحقة بالولد في الحكم *

قوله ولو كانت الزيادة مع الام بان قال زدتك هذا العبد مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة اذا دخلت على الام فكانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان بهلاك الام يتقرر الضمان فلا يبطل الحكم في الزيادة بخلاف الزيادة في الولد ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء فكان العبد زيد في الام والولد معها

قوله ما دام الدين باقيا هذا احتراز عن الابراء على ما يجيء فان بالابراء يرتفع الضمان وان لم ينقض القبض بالرد الى الراهن حتى لو هلك يهلك بغير شيء * (قوله)

فان الجياد امانة في يده مالم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة علی ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد علی العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين اووهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رح لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما فی الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهة لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته اووهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه علی صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفی المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفی الی ما استوفي منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء

قوله فان الجياد امانة في يده مالم يرد الزيوف لا يقال بان حقه فی الجياد دون الزيوف فينبغي ان يكون الزيوف امانة دون الجياد لانا نقول لما قبض الزيوف اولا وقع الاستيفاء لاصل حقه ولكن فات الوصف ولهذا لو تجوز به يتم الاستيفاء فاذا حصل بقبض الزيوف اصل الاستيفاء يكون الجياد امانة ضرورة كيلا يتكرر الاستيفاء **قوله** لان الرهن تبرع كالهبة علی ما بيناه من قبل اي في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض **قوله** لان الرهن مضمون بالدين او بجهته هذا تعليل جواب الاستحسان بان الرهن يهلك بغير شيء استحسانا بيان هذا هو ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار بقاء الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احدهما الا تری انه لو رد سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض ولما لم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهة الدين لم يبق الضمان *

ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل

قوله ووجه الفرق اي بين الاداء والابراء وحاصله ان الرهن انما يكون مضمونا بالدين عند قيامه او توهم ثبوته كما في الدين الموعود وبالابراء او الهبة واخواتهما لا يبقى الدين ولا يتوهم قيامه وهذا بخلاف ما اذا ادى الراهن الدين او تبرع به غيره لان الدين في فصل الايفاء قائم بدليل انه اذا ابرأ رب الدين المديون من الدين بعد الاداء يتمكن المديون من استرداد ما ادى وعدم ولاية المطالبة لخلوها عن الفائدة لانها تعقب مطالبة مثله **قوله** لقيام الموجب وهو اما القرض او المداينة او الاجارة وغير ذلك **قوله** فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اي اذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء الحقيقي ولا يتكرر الاستيفاء **قوله** وكذا اذا اشترى بالدين عينا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين الى قوله ويجب عليه رد ما استوفى **قوله** او صالح عنه على عين لانه الاستيفاء اى الشرى بالدين او الصلح عنه على عين فانه شرى بالدين اذا كان عن اقرار استيفاء لانه يجب على رب الدين مثله بالشراء والصلح عنه **قوله** بطلت الحوالة لانه لم يبق المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء **قوله** ويهلك بالدين لان الحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمته اذا مات المحتال عليه مفلسا **قوله** او ما يرجع عليه معطوف على مثل ما كان **قوله** لانه بمنزلة الوكيل تعليل لقوله يرجع عليه اي المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل *

(قوله)

وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم *

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام

قوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه لان الرهن حصل بدين يتوهم وجوبه للحال وبتصادقهما على ان لا دين لا يزول التوهم لجواز ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على ان لا دين فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء لانه يسقط به وذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط واذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي بضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام اسبيجابي رح انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشائخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا والله اعلم *

كتاب الجنايات

الجناية اسم لما يجنيه من شر اي يحدثه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل واصله من جنى الثمر وهو اخذه من الشجر كذا في المغرب

قوله والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام يعني ليس المراد من قوله القتل على خمسة اوجه نفس القتل من غير نظر الى ان يتعلق به حكم اولا وانما المراد منه قتل يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الميراث وغيرها فان القتل من حيث هو اكثر من خمسة كالقتل قصاصا ورجما وقتل الحربي وقتل قطاع الطريق وغيرها ونظير هذا ما قاله في مذهب في كتاب الايمان الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله ويمين بالطلاق

قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة *

بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى الا ترى انه اشتغل ببيان حكم اليمين بالله فقال يمين يكفر ويمين لا يكفر ويمين نرجوان لايؤاخذ الله بها صاحبها *

قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح اي في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب اي قشره ولم يشترط في المعنى الحدة اذا كانت الآلة من الحديد فقال العمد ما يتعمد الانسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف والسكين اولم يكن سلاحا نحو الابرة وسواء له حدة تبضع بضعا وليس له حدة يرض رضا كالعمود وصنجة الميزان وسواء كان الغالب منه الهلاك اولم يكن فبهذا تبين لك ان العبرة في الباب للحديد هذا كله على رواية الاصل وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة رح انه اذا قتله بصنجة حديد او عمود لا حدة له فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطأ عمد وعلى قولهما ان كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض يوجب القصاص وان لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون عمدا محضا وما لم يكن من جنس الحديد ان عمل عمل الحديد في البضع وتفريق الاجزاء فهو عمد محض يجب القصاص فيه وذلك نحو الاحراق بالنار الا ترى انها يعمل عمل الحديد في الذكاة حتى انها اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدم حل فان انحسم ولم يسل الدم لا يحل وذكر في فتاوى قاضيخان وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص **قوله** وقد نطق به غير واحد من السنة اي كثير من السنن منها ما قال عليه السلام في خطبته (بعرفات)

* فج

قال والقود لقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية

بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ومنها ما روي عنه عليه السلام انه قال لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم وقال عليه السلام سباب المسلم فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تاويله قتاله لا سلامه فظاهره يدل على عظم الجناية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رضي الله عنهما لا يرى التوبة لقاتل العمد وان لم نأخذ بقوله *

قوله والقود معطوف على قوله المأثم **قوله** الا انه تقيد بوصف العمدية اي قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى لظاهره يوجب القول بالقصاص اينما وجد القتل باي وجه وجد لكن السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام العمد قود يدل على ان حكم القصاص مخصوص بالقتل العمد لان خبر الواحد لما صلح مبينا لمجمل الكتاب كما في بيان قدر المسح فاولى ان يصلح السنة المشهورة التي تلقتها الامة بالقبول مبينة لما سكت عنه الكتاب لا يقال بان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة بخلاف قوله تعالى مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ لان هناك وان لم يوجب التخصيص عندنا فذكر المؤمنات لا يخلو عن الفائدة وهي الاستحباب فان الاستحباب منحصرة في المؤمنات بالاتفاق ولان في الكتاب ايضا دلالة على ان المراد من القتل المذكور في آية القصاص هو القتل العمد لانه اوجب الدية في القتل الخطأ على ما قال الله تعالى وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فتحرير رقبة ولا يصلح ان يكون القتل العمد موجبا دية وقصاصا فلابد ان يحمل كل واحد منهما على حالة فلما اختص ما يوجب الدية بالقتل الخطأ في النص القطعي كان ما يوجب القصاص غير الخطأ لا محالة وهو العمد وما يسقط فيه القصاص يسقط لشبهة في العمدية وهو شبه العمد وغيره *

(قوله)

لاشرع لها دون ذلك **قال** الا ان يعفوا الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضائه وفي قول الواجب احدهما لابعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل

قوله لاشرع لها دون ذلك اي دون تكامل الجناية وانها يتكامل بالعمدية **قوله** ثم هو اي القود واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي رح اي وجوب القصاص عينا احد قولي الشافعي رحمه الله الا ان له العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه كمن اصابته مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشراء لانه ملك ما يحيي به نفسه بعوض يعدله فعلى هذا اذا عفا الولي عن القصاص يسقط حق الولي وكذا اذا مات القاتل يسقط حق الولي وفي قوله الآخر الواجب احدهما لابعينه ويتعين باختياره فعلى هذا لو عفا الولي عن القصاص كان له المطالبة بالدية وكذلك اذا مات كان له حق استيفاء الدية لكونها موجبا اصليا ولو صالح على اكثر من الدية من جنسها فلا يصح لانه يصير ربوا ويصح على القول الاول **قوله** لان حق العبد شرع جابر الحاجة العبد الى الجبر حين تحقق نقصان في حقه وفي كل واحد نوع جبر اي لحق المقتول مما فات عليه فان المقتول ينتفع بالدية من حيث قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه اولحق الولي لانه ينتفع به الولي الذي كان ينتفع بالمقتول وفي القصاص نوع جبر ايضا لمعنى الانتقام وتشفي الصدور **قوله** ولان المال لايصلح موجبا لعدم المماثلة وهذا لانه لامماثلة بين الآدمي والمال لاصورة ولامعنى فالآدمي خلق لتحمل امانة الله تعالى والاشتغال بعبادته والمال خلق لاقامة مصالحه وهو مملوك الآدمي والآدمي مالكه فاني يتشابهان وانما التماثل في القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل * (قوله)

وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفى الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد امس منها اليه فى الخطاء فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير

قوله وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فاما زجرا فان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر في عاقبة امره انه اذا قتل قتل به انزجر عن قتله فكان حيوة لهما اي ابقاء لهما على الحيوة واما جبرا فلانه اذا قتل به سلم حيوة الاولياء فان القاتل يصير حربا على اولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مكنهم من قتله قصاصا دفعا للشر عن انفسهم واحياء الحي في دفع سبب الهلاک عنه ولما كان فيه حيوة من الوجه الذي قلنا صلح جابرا لان الفائت بالقتل حيوة والحاصل بالقصاص حيوة مثل الاول وانما يجب ضمان الجبر بقدر الامكان ولا امكان في جبر الحيوة باكثر من هذا ولانه لما قتل الولي القاتل حصل له التشفي فكان ذلک جبر المافات منه من حيوة المقتول فاما المال فليس فيه شيء من معنى الجبر وانما وجبت الدية فى الخطأ بخلاف القياس لان القتل اعظم العقوبات والخاطئ معذور فيتعذر ايجاب المثل عليه ونفس المقتول محرمة لا يسقط حرمتها بعذر الخطأ فوجب المال صيانة للدم من الهدر منه على القاتل بان سلمت له نفسه وللقتل بان لم يهدر دمه وشرع المال عند عدم الامكان لايدل على شرعه عند الامكان **قوله** ولايتيقن بعدم قصد الولي اي بقتل القاتل بعدما اخذ الدية يعني يجوز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعا للهلاک **قوله** لان الحاجة الى التكفير في العمد امس وذلک لان الكفارة شرعت ماحية للاثم والاثم في العمد اكبر فكان ادعى الى ايجاب الكفارة **قوله** وفى الكفارة معنى العبادة بدليل ان للصوم فيها مدخلا **قوله** فلا يناط بمثلها لان الحكم نتيجة السبب فيراعى التناسب بينهما فلا يجب الا بسبب دائر بين الحظر والاباحة كالخطأ فانه بالنظر الى [illegible] اصل [illegible] (الفعل)

و تعينها فی الشر ع لدفع الادنی لا تعينها لدفع الاعلی ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل *

قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجری السلاح وقال ابويوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضرب بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنی العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله ع م الا ان قتيل خطأ العمد

الفعل مباح وبالنظر الی المحل الذي اصابه محظور والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فتجب بمثله ولا تجب بالقتل العمد لانه محظور محض كما لا تجب بالمباح المحض وهو القتل بحق كالقصاص وانما يجب بسبب دائر بين العبادة والعقوبة لتنسب العقوبة الی جانب الحظر والعبادة الی جانب الاباحة *

قوله وتعينها في الشرع لدفع الادنی اي تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنی اي في الخطأ لا تعينها لدفع الذنب الاعلی اي في العمد وهذا جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد علی وجوب الكفارة في الخطأ **قوله** وشبه العمد سمي به لان في هذا الفعل معنيين معنی العمدية باعتبار قصد الفاعل الی الضرب والی ارتكاب ما هو محرم عليه ومعنی الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الی الآلة التي استعملها اذ هي آلة الضرب للتاديب دون القتل وانما يقصد الی كل فعل بآلته فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصدا الی الضرب والی ارتكاب ما هو محرم عليه كذا في المبسوط وشبه العمد متحقق عندنا وعند الشافعي رح خلافا لمالك رح ثم اختلفوا في تفسيره فقال ابوحنيفة رح شبه العمد اذا تعمد ضربه بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرحی ومثله وقال ابويوسف ومحمد رح اذا تعمد ضربه بما يلبث فهو شبه عمد وقال الشافعي رح اذا تعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبيانه انه اذا ضرب عمدا سوطا او سوطين فمات فهو شبه عمد بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح لانه ليس بموضوع للقتل (و)

قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة *

قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلث سنين لقضية عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث

واما عندهما فلانه ليس مما لا يلبث واما عند الشافعي فلانه لا يقتل به غالبا واذا ضرب بسوط صغير ووالى حتى مات فانه شبه عمد عندنا اما عند ابي حنيفة رح فلانه ليس بموضوع للقتل واما عندهما فلانه مما يلبث وعند الشافعي رح عمد لانه مما يقتل به غالبا *

قوله قتيل السوط والعصا ذكر السوط والعصا مطلقا فيتناول الصغير والكبير ولا يقال بان العادة في العصا جارية في استعمال الصغير لانا نقول العادة مشتركة فان من الناس من يأخذ الصغير ومنهم من يأخذ الكبير فلا يصلح مقيدا لاطلاق النص **قوله** وبه يحصل القتل غالبا اي بالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل يحصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك الا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين **قوله** وموجب ذلك على القولين الاثم اي موجب ما هو شبه العمد على حسب اختلاف القولين في صورته الاثم والكفارة لشبهه بالخطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً الآية وقال صاحب الايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رح لان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة والصحيح انها تجب فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عند ابي حنيفة رح **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء احترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح في القتل العمد وعن دية وجبت على الوالد (بقتل)

ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه *

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ الآية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعري عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد *

بقتل ولده عمدا الا انها لم تجب ابتداء لان الواجب فيه ابتداء القصاص الا انه يسقط بعلة الابوة فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل مباشرة وقد وجد وتاثير الشبهة في درء القصاص لا في حرمان الميراث *

قوله ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال مالك رح لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال كذا في هذا الفعل ولنا قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وهو المراد بقوله والحجة عليه ما اسلفناه والصحابة رض منهم اتفقوا على شبه العمد حيث اوجبوا فيه الدية مغلظة مع اختلاف بينهم في صفة التغليظ **قوله** والخطأ على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل وانما انحصر على هذين النوعين لان رميه السهم الى شيء معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمي فلو اتصل الخطأ بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي ايضا على هذين النوعين ضرورة **قوله** في ثلث سنين لما بيناه اي من قضية عمر رضي الله عنه **قوله** ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل اي اثم قصد (۱)

قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب فكحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطأ في جميع احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها

القتل فاما في نفسه اي فاما القتل في نفسه فلا يعري عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت وهذا الاثم اثم القتل لان نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بأثم وانما يصير به اثما اذا اتصل به القتل فيصير الكفارة لذنب القتل وان لم يكن فيه اثم قصد القتل *

قوله فحكمه حكم الخطأ في الشرع لكنه دون الخطأ حقيقة فانه ليس من اهل القصد اصلا وانما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم ان يصير قاتلا والكفارة في قتل الخطأ انما يجب لترك التحرز ايضا وحرمان الميراث لمباشرته القتل ويتوهم ان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الارث والذي سقط من سطح فوقع على انسان فقتله او كان في يده لبنة او خشبة فسقط من يده ووقع على انسان فقتله او كان على دابة فاوطاها انسانا فقتله مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد فكان جاريا مجرى الخطأ كذا في الاوضح **قوله** ولنا ان القتل منه معدوم حقيقة لان مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض وانما الحق التسبب بالمباشرة في ايجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فبقي في حق الكفارة وحرمان الميراث على الاصل فان قيل الكفارة والدية يتعلقان بالقتل وهو قاتل في حق الدية فينبغي ان يكون قاتلا في حق الكفارة ايضا قلنا الكفارة جزاء (القتل)

لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ومادونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم *

باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة *

قال يقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر

القتال والقتل معدوم منه حقيقة لان تصرفه لم يحصل في الجثة وانما وجد في محل آخر والدية بدل المحل وضمان المحل يعتمد فوات المحل وقد وجد وان حصل بالتسبيب *

قوله لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وذلك لان القتل ازهاق الروح وهي غير محسوسة ليقصد اخذها فيستدل عليه بالآلة فيختلف باختلاف الآلة فاما مادون النفس فاتلافه بالجرح وهو فعل محسوس فلا يحتاج في تحققه الى الاستدلال بالآلة فلا يختلف باختلاف الآلة والله اعلم بالصواب *

باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه

قوله اما العمد يةفلما بيناه اي من الكتاب والسنة والمعقول واما حقن الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الاباحة لان عدم التأبيد يورث شبهة الاباحة كما في الحربي المستأمن ولا يقال بان من اسلم في دار الحرب فقد صار محقون الدم على التأبيد ومع هذا لا يقتص من قاتله لان كمال الحقن لم يوجد في حقه لان كماله بالعصمة المقومة والمؤثمة وبالاسلام حصلت له المؤثمة دون المقومة اذ المقومة تحصل بدار الاسلام **قوله** للعمومات اَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى وقوله ع م العمد قود **قوله** ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد لان قوله الحر بالحر وقع تفسيرا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمعتبر هو التفسير ولان هذا يقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار في حكم القصاص فمن قال يقتل الحر بالعبد (لا)

بالعبد لقوله تعالى اَلْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما

لا يكون جنس الاحرار صفا بلا بجنس الاحرار قصاصا بل يكون بعضهم مقابلا بالبعض ولان القصاص يعتمد المساواة ولامساواة بين الحر والعبد لان العبد مملوك والحر مالك والمالكية امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولامساواة بين القادر والعاجز ولان الحرية حيوة والرق موت حكما حتى ينسب المعتق بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس والاطراف تابعة للنفوس فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولى ولايقال كيف يصح استدلاله بالمقابلة وانه لم يعتبر المقابلة في قوله والانثى بالانثى فان عنده ايضا يقتل الرجل بالانثى لانه يقول انما يقتل الرجل بالانثى لاطلاق قوله تعالى الحر بالحر وانما خص الانثى بالذكر وان كان حكمها مستفادا من قوله الحر بالحر كيلا يظن ان ضعف البنية وقصور الحال فى الانثى مانع من وجوب القصاص فلازالة هذا الوهم خص الانثى بالذكر ولايقال بانه ترك اعتبار المقابلة حيث قال بان العبد يقتل بالحر لان ذلك انما ثبت بدلالة نص قوله تعالى والعبد بالعبد فان العبد اذا قتل بالعبد فاولى ان يقتل بالحر لان الحر اقوى حالا واعلى رتبة من العبد ولنا ما تلونا وما روينا فلاتعارض بماتلا لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة والمطلق لا يحمل على المقيد على انه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشتمله العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضي الله عنه كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة وكان بنو النضير اشرف وكانوا يعدون بني قريظة على (١)

وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه
قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة

النصف منهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فنزلت الآية ردا عليهم وبيانا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعا فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وقوله لان مبنى القصاص على المماثلة قلنا القصاص يعتمد المساواة في العصمة لا غير ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالم بالجاهل وهي اي العصمة بالدين اي عنده او بالدار اي عندنا ويستويان فيهما *
قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة هذا جواب من تعليل الشافعي رح في غير هذا الموضع بانه تمكن في هذا الفعل شبهة الاباحة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع القصاص بين المسلم والكافر عند الشافعي رح او يمنع القصاص بين المسلم والكافر المستأمن بالاجماع فكذا اثر الكفر واثر الشيء يقوم مقام ذلك الشيء خصوصا فيما يحتاط فيه الا ترى انه اقيم اثر النكاح وهي العدة مقام النكاح في منع نكاح الاخت وعدم جواز التزوج احتياطا كذا هنا القيام اثر الكفر مقام الكفر في درء القصاص وانه مما يحتال لدرئه ويحتاط في اسقاطه فاجاب رح ان جريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة
قوله ولا مساواة بينهما وقت الجناية لقوله تعالى لَا يَسْتَوِي اَصْحَابُ النَّارِ وَاَصْحَابُ الْجَنَّةِ ولان الكفر من اعظم النقائص والكافر كالميت لقوله تعالى اَوَمَنْ كَانَ مَيْتًا فَاَحْيَيْنَاهُ ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه والقصاص يبتني على المساواة فاذا انتفت المساواة بينهما لا يجب القصاص بخلاف الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل فعليه القصاص اتفاقا لوجود المساواة بينهما وقت الجناية ولهذا قيد بقوله وقت الجناية
قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة اي مبيح للقتل لانه من اعظم الجنايات فكان مؤثرا في استدعاء القتل الذي هو نهاية العقوبات فاذا وجده ولم يبح لعارض عقد الذمة (اورث)

ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف اوالدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة **قال** ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

اورث شبهة كالملك فانه مبيح للوطئ فاذا وجد في الاخت رضاعا ولم يبح صار شبهة في درء الحد*

قوله ولنا ما روي انه عليه السلام قتل مسلما بذمي وقال انا احق من ذمي بذمته. فالفعل نص والتعليل دليل على ان لافرق بين ان يكون القاتل مسلما اوذميا ثم اسلم لانه عليه السلام اخبر ان الوجوب لذمة المقتول فكان فيه تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمي واستيفاء القود منه **قوله** ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف لانه بهذا الوصف استحق البقاء لانه يجب ان يكون قادرا على اقامة ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بان يكون محرم التعرض مدفوع اسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح بنفسه بل بواسطة كونه باعثا على الحراب فاذا سقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحا ولهذا قلنا ان كفر المرأة لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب لان بنيتها غير صالحة له **قوله** والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لايورث شبهة اباحة القتل اذ لو اورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لا يجري بين الحربيين وكذا لايجري بين المستأمنين على جواب الاستحسان واما قوله عليه السلام لايقتل المؤمن بكافر المراد منه الكافر الحربي المستأمن بدليل قوله ولا ذو عهد وهذا معطوف على المسلم اي ولايقتل ذو عهد بكافر وانما لايقتل ذو العهد بالكافر الحربي فلو كان المراد به الذمي لما صح جريان القصاص بين الذميين فان قيل جاز ان يراد بذي العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة فان قيل هذا ابتداء اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا المراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف (قوله)

ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني *

قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت ام بعدت لما بيناه ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط *

قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى *

قوله ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بيناه وهو قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده **قوله** لا يقاد الوالد بولده خص به عموم الكتاب لان الكتاب مخصوص بالاجماع فان المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده فيخص به ايضا وذكر الامام البزدوي رح ان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيصلح مخصصا او ناسخا لحكم الكتاب **قوله** والقصاص يستحقه المقتول ولهذا يصح عفو المجروح ثم يخلفه وارثه هذا جواب عما يقال انما يستقيم هذا التعليل ان لو كان المستحق هو الابن المقتول فاجاب ان حق القصاص يثبت للمقتول اولا ثم يخلفه الوارث والابن ليس من اهل ان يستوجب ذلك على ابيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم وفي الاوضح انما يورث القصاص من المقتول لانه حق المقتول وقد تركه بالموت فيثبت لوارثه لقوله عليه السلام من ترك حقا او مالا فهو لوارثه بعد موته وهذا لان الحقوق على ضربين حق يتعلق بالمحل وهو الذي يبقى بعد الموت ويثبت للوارث لان الحق اذا تعلق (با)

فو *

قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة **قال** ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تجز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لاقود الا بالسيف والمراد به السلاح لانه فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم *

بالمحل يبقى ببقاء ذلك فيكون باقيا بعد الموت فاذا بقي بعد الموت يكون الميت تاركا له بعد موته فيثبت لوارثه لما ذكرنا من الحديث وحق يتعلق بالفعل وهو الذي لا يبقى بعد الموت ولا يثبت للوارث لان الحق اذا تعلق بالفعل فانما يبقى مادام الشخص باقيا اهلا لذلك الفعل وبالموت يخرج الشخص عن ان يكون اهلا للفعل فلا يبقى له فيه حق فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يمكن اثباته لورثته بعين ما ذكرنا من الدليل والقصاص من الحقوق التي يتعلق بالمحل لان نفس القاتل يصير ملكا للمقتول لقوله تعالى النفس بالنفس جعل النفس عوضا عن النفس بحرف الباء اذ هي للعوضية فلا يكون عوضا عنه الا اذا كان مملوكا له كالعوض الآخر واذا صار مملوكا له يكون القصاص حقا يتعلق بالموت فيورث بعد الموت لما ذكرنا بخلاف خيار الشرط وحد القذف اذ المغلب فيه حق الشرع والحق في خيار الشرط لا يتعلق بالمحل بل يتعلق بالفعل لانه عبارة عن ولاية الفسخ والشخص بالموت لا يبقى اهلا للفسخ فلا يكون الحق باقيا له بعد الموت فلا يكون تاركا له بعد الموت فلا يثبت لورثته وهذا الوجه انما يوافق مذهبهما فانه مذكور في متن الكتاب بعد ذلك وكذا في كتب اصول الفقه في باب الشهادة بالقتل ان القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله يثبت للورثة ابتداء *

قوله ومن ورث قصاصا على ابيه بان قتل الاب ام ابنه وورث الابن قصاص امه على ابيه

قوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه يقطع يد القاتل ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تجز رقبته وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه (خمرا

قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به

خمرا حتى قتله او وطئ صغيرة اولاط بصبي فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي فيه قال بعضهم يجز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل وقال بعضهم يتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل يفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه ولا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح ولانه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى المستحق بالطريق الذي يتيقن انه طريق له وجز الرقبة متيقن بانه طريق استيفاء القتل فاما قطع اليد فلا يكون طريقا الا بشرط السراية وهو موهوم وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية هذا الفعل غير قتل فلا يكون مشروعا فضلا من ان يكون مستحقا ثم هو اعتبار معادلة تقع ظلما انتهاء لانه اذا برأت يده يجز رقبته والفعل الثاني زيادة على ما كان منه وهو حرام فيجب الحذر عنه كما في كسر العظم عمدا فانه لا يجب القصاص اصلا الا في السن لتوهم الزيادة فلان يسقط البعض منه اولى *

قوله ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين اي على تقدير موته حرا وعلى تقدير موته عبدا وهو معلوم اي المولى معلوم والحكم متحد وهو استيفاء القصاص واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به اي باختلاف السبب كما اذا قال المقرلك علي الف من ثمن بيع وقال المقرله لا بل قرض يجب الالف على المقر (قوله)

بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة

قوله بخلاف تلك المسئلة اي المستشهد بها لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح لان حكم ملك اليمين كون الرقبة مملوكة وحل الاستمتاع تبع والتبع بمنزلة المعدوم والنكاح يثبت الحل مقصودا فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود والحكم بالحل من غير تعيين السبب يفضي الى المنازعة لان الحل بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر. لا كذلك هنا لان استيفاء القصاص على التقديرين واحد **قوله** اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة فان على قول علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا اديت كتابته فيكون استيفاء القصاص لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا واستيفاء القصاص للمولى **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده يريد به انه لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبة اما اذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضاء القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول الى المال بغير رضاء القاتل مراعاة لحق من له القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا ههنا جاز العدول الى المال بغير رضاء القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة انفع له لانه يحكم بحريته وحرية اولاده اذا ادى بدل الكتابة من قيمته ولو وجب القصاص يموت عبدا ولا ينتفع بالقصاص ولما كان وجوب القيمة انفع كان القول به اولى *

(قوله)

بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له ولا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه **قال** واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا

قوله بخلاف معتق البعض يعني اذا مات عاجزا ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا قصاص لان بعجز المكاتب ينفسخ الكتابة وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجزا **قوله** واذا قتل عبد الرهن الى آخره في بعض الفوائد المرهون اذا قتل عمدا لا يكون للراهن القصاص الا اذا اجتمع المرتهن معه فاذا اجتمع فله القصاص في قول ابي حنيفة رح وقال محمد ليس له ذلك وهو رواية عن ابي يوسف وجه قول محمد رح ان للمرتهن يدا وللراهن ملكا فيضاف العبد بكليته الى هذا من وجه والى ذلك من وجه فلا يثبت الاستيفاء وان اجتمعا عليه كعبد المكاتب اذا قتل لا يجب القصاص وان اجتمع المولى والمكاتب بخلاف المشترك حيث يجب اذا اجتمع الموليان لان الملك لكل واحد منهما ثابت في النصف من كل وجه ولابي حنيفة رح ان الجناية وقعت على ملك الراهن من كل وجه الا انه لا ينفرد بالاستيفاء لما فيه من اسقاط حق المرتهن فاذا رضي سقط حقه واذا اقتص سقط الدين لان القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فصارت المالية هالكة في ضمان المرتهن فيسقط الدين وعلى قوله يشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه نوع اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه والجواب عنه ان الاستيفاء وان تم بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال العود اما بالصلح او بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأ **قوله** واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه فلابيه اي لاب المعتوه اذا قتل ابن المعتوه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص وولاية الصلح **قوله** لانه من الولاية اي لان (١)

*

لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لايقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لايملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه *

استيفاء القصاص من الولاية على النفس فيليه كالانكاح ولكن كل من ملك الانكاح لايملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص وذلك لان القصاص شرع التشفي الصدر وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فلذلك جعل التشفي للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله ان يصالح لكن هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية *

قوله لما ذكرنا اراد به قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر **قوله** وهذا من قبيله اي استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس **قوله** ويندرج تحت هذا الاطلاق وهو قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك **قوله** وفي كتاب الصلح ان الوصي لايملك الصلح اي عن النفس على المال انما يملك الوصي الصلح عما دون النفس على المال لانه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال **قوله** لما فيه من الابطال اي ابطال حق المعتوه من القصاص والمال **قوله** والصبي بمنزلة المعتوه في هذا اي (اذا)

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهما ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولبين وله انه حق لايتجزى لثبوته بسبب لايتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولبين ممنوعة *

قال من ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله

اذا قتل قريب الصغير فلابيه ان يقتص وله ان يصالح وليس للوصي ان يقتص وذكر الامام التمرتاشي ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصي ان يقتص ولو كان الاب حيا له ان يقتص وله ان يصالح *

قوله ومن قتل وله اولياء صغار وكبار بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير **قوله** لعدم التجزي لانه تصرف في الروح وذا لايقبل الوصف بالتجزي **قوله** او كان بين المولبين اي احدهما صغيرا وكبير غائب فان كان الشريك الكبير اب الصغير فله ان يستوفي خلافا للشافعي رح فعنده ليس للاب ولاية استيفاء قصاص الصغير **قوله** ومسئلة المولبين ممنوعة ذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل او قتل وله موليان ويجوز ان لايثبت القتل لاحدهما الا اذا اجتمعا كما في انكاح امة اعتقها رجلان او قبل الاعتاق لان كل واحد منهما مالك للنصف والولاية على الشخص لاتثبت الا بالكل والكل لايثبت الا بهما فقاما مقام رجل واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر دلة وفي فوائد مولانا حميد الدين عبد بين موليين واحدهما صغير قتل عمدا قال بعض مشائخنا عند ابي حنيفة رحمه الله له ولاية استيفاء القصاص *

اعتبارا منه الآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رح على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعري اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية *

قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير ان عندهما يستوفى جزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصاء

قوله اعتبارا منه الآلة وهو الحديد فانه معد لذلك في الدنيا والآخرة قال الله تعالى وَاَنْزَلْنَا الْحَدِيْدَ فِيْهِ بَأْسٌ شَدِيْدٌ وهو القتل وقوله تعالى وَلَهُمْ مَقَامِعُ مِنْ حَدِيْدٍ **قوله** ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ولا يقال انه محمول على عدم الموالاة لانا نقول بان اجراءه على اطلاقه اولى اذ فيه درء القصاص وهو مندوب اليه **قوله** ومن غرق صبيا او بالغا ذكر محمد رح الغريق بالماء مطلقا وهو على ثلثة اوجه ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيرا الا انه يمكنه النجاة بالسباحة فهو شبه العمد عندنا وان كان الماء كثيرا ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر فهذا مسئلة الكتاب كذا في بعض الفوائد **قوله** لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه اي الشافعي رح ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول او للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب (١)

وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والغرق والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع اوهو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة *

قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه **قال** واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية

القصاص والاستيفاء ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء لم يعملا بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف *

قوله وفيه وفي كل خطأ ارش تتمة الحديث **قوله** وما رواه غير مرفوع وهو من غرق غرقناه اوهو محمول على السياسة **قوله** وقد اومت اليه اضافته اي اومت الى الحمل على السياسية اضافة النبي عليه السلام فعل التغريق الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل من غرق يغرق واختلاف الروايتين بالرفع وهو مبتدأ وقوله الكفارة خبره اي اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رح انما كان في الكفارة لا في الدية لان الدية واجبة من غير تردد وبالنصب لا يكاد يصح لانه لم يذكر اختلاف الروايتين في الكفارة قبل هذا الا ان يكون مراده ذكره في كتاب آخر ومراده من اختلاف الروايتين اختلاف القولين وقد ذكر قبل هذا حيث قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ وفي الايضاح بعد ما قال في شبه العمد الكفارة وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رح **قوله** احد نوعي الخطأ وهو الخطأ في القصد * (قوله)

*

على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه
قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف
المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم *

قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي
ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه
هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رح
يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير
الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد
فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت
ثلثة اجناس فكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه
فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم بالصواب *

قوله على ما نطق به نص الكتاب وهو قوله تعالى وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ
مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ **قوله** ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة
في حرب احد وظنه المسلمين حربيا **قوله** وفي النوادر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
يغسل ويصلى عليه هذا اثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار
كانه مات حتف انفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما اما عند ابي يوسف رحمه الله
فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه وصار بمنزلة الباغي ولو كان فعله
هدرا اصلا كنهش الحية ولم يكن جناية مع كونه مقتولا حقيقة لكان شهيدا او يسقط غسله
فلم يكن فعله هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاسد والحية هدر في الدنيا والآخرة
وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه
ثلث الدية والله اعلم بالصواب *

(فصل)

فصـــل

قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رح في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا اونهارا اوشهر عليه عصا ليلا في مصرا ونهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلاشيء عليه لمابينا وهذالان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوافان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما *

قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح لاشيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله *

فصـــل

قوله فقد اطل دمه اي اهدر وقوله فعليهم وقوله فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر اي انما وجب القتل لان دفع الضرر واجب **قوله** وفي سرقة جامع الصغير الى آخره وانماذكر هذه لزيادة بيان فيهاماليس في قوله ومن شهر على المسلمين سيفافعليهم ان يقتلوه وهوقوله فلاشيء عليه وانماذكر هذه الفائدة وهوان من الجائز ان يجوز قتله وعليه الضمان كما في قتل الجمل الصائل واكل مال الغير حالة المخمصة فقال فلاشيء عليه لدفع هذا الوهم **قوله** لمابينا اشارة الى ماذكر (من الحديث)

فأشبه المكره ولابي يوسف رح ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية *

قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته *

قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام

من الحديث والمعقول فان قيل قوله في الحديث فقد اطل دمه يدل على الاباحة فقط فكيف يتمسك به على الوجوب قلنا لما اهدر دمه صار ملحقا بالكافر الحربي المحارب فيكون قتله واجبا لكن لا لعين القتل بل لدفع الضرر حتى لو امكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله والدليل على ان قتله واجب ان المباح ما استوى طرفاه ولا يأثم التارك بتركه وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشاهر مع امكانه يكون آثما فدل انه واجب *

قوله فاشبه المكره صورته ان رجلا اكره غيره بالسلاح على ان يقتله وتحقق عند المكره انه لو لم يقتله لقتله هو فقتله فلا شيء عليه ولا يقال بان عند الشافعي رح يجب القصاص على المكره فكيف يصح الاستدلال لانا نقول انما يجب القصاص عنده على المكره اذا كان المقتول غير المكره فاما اذا اكرهه المكره على قتل المكره فقتله فلا رواية فيه ويحتمل ان لا يجب القصاص عنده ههنا لان المكره اسقط عصمة نفسه بالاكراه فلا يجب القصاص بقتله بخلاف ما اذا كان المقتول غير المكره لان المقتول ثم معصوم فافترقا **قوله** ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما اي على الشاهر وهو الصبي والمجنون **قوله** فضربه ثم قتله اي فضربه (الشاهر)

قاتِلٌ دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم *

باب القصاص فيمادون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ وهو ينبيء عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وقد امكن فى القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرِجْلُ ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة **قال** ومن ضرب عينَ رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة فى القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال فى الكتاب تُحْمٰى له المرآة وتجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها

الشاهر فانصرف ثم قتله المشهور عليه فعلى القاتل القصاص هذا اذا ضربه الاول وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا لانه لما شهر حل دمه دفعا للشره فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع ضرر فلزمه القصاص *

قوله قاتل دون مالك اي لاجل مالك **قوله** وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل اما اذا امكنه بطريق آخر كالتهديد والصياح عليه يكون القتل مضمونا والله اعلم *

باب القصاص فيمادون النفس

قوله والجروح قصاص اي ذات قصاص في شرح الاقطع فاقتضت الآية ثبوت القصاص فيمادون النفس وفى الايضاح فصار القصاص فيمادون النفس مشروعا بهذه الآية والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الاجزاء ولفظ القصاص ينبيء عن هذا **قوله** لامتناع المماثلة فى القلع لانها اذا قورت فقد تعذر اعتبار المماثلة لانه ليس له حد معلوم ومن الجائز ان يكون الثاني زائدا (قوله)

وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم *

قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه **قال** ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس

قوله وهو مأثور عن جماعة من الصحابة هذه حادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل الصحابة عنها فلم يكن عندهم جواب فحضر علي رضي الله عنه فسأله فاجاب بهذا فقضى عثمان بهذا ولم ينكر احد من الصحابة فصار اجماعا منهم **قوله** ولا قصاص في عظم الا في السن هذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن لقوله تعالى السن بالسن يؤخذ الثنية بالثنية الناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل لما في خلاف ذلك من الاخلال بالمماثلة وبين الاطباء كلام في السن انه عظم او طرف عصب يابس فمنهم من ينكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وبين سائر العظام ومتى ثبت انه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم ففي سائر العظام لتعذر اعتبار المساواة لا يجب القصاص وذلك لا يوجد ههنا لانه يمكن ان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا اذا قلع السن فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثانية ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن *

(قوله)

ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رح في جميع ذلك الا في الحر الذي يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش

قوله ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين اي فيما دون النفس **قوله** ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لان الاطراف خلقت وقاية للانفس كالمال وعن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى رسول الله ع م فلم يقض بالقصاص فعلم انه لا قصاص في الطرف فان قيل قوله تعالى وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ مطلق يتناول مواضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بما روينا **قوله** فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة الاصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل والمحل المأخوذ بالفعل لان المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه فيجب اعتبارها فان قيل التفاوت يمنع استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع استيفاء الناقص بالكامل فان اليد الشلاء تقطع بالصحيحة اذا رضي صاحب الحق بالنقصان قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق فان قيل يشكل بما اذا قطع عبد يد عبد وقيمتهما سواء ومع ذلك لا يجري القصاص عندكم قلنا لان طريق معرفة القيمة بالخرز والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا يثبت بطريق الظن والخرز **قوله** وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد (١)

قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا **قال** واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت يده ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى *

الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة العبد الى ذلك ولو بلغت انما يبلغ بالخرز والظن فلا يكون مساوية ليد الحر يقينا فينعدم التماثل *

قوله لانه لا يمكن اعتبار المماثلة لانه ليس له حد معلوم ومن الجائز ان يكون الثاني زائدا **قوله** كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف يعني لم يبق منه الا ناقص الصفة كان المالك بالخيار ان شاء اخذه ناقصا وان شاء عدل الى القيمة كذا هنا فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد وقال الشافعي رح يضمنه لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا انه رضي باستيفاء الحق ناقصا والفائت كالوصف والوصف منفرد عن الاصل غير مضمون فسقط حقه في الوصف **قوله** فلا شيء له عندنا وعند الشافعي رح له الارش لان عنده المال ضمان اصلي كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين الآخر **قوله** فصارت سالمة له معنى فان قيل يشكل بما اذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه فلا يسقط حق المقطوع وان لم يسلم يد القاطع له معنى قلنا انما لم يسقط ثم (وان)

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا

وان لم توجد السلامة لمعنى آخر وهو انه اتلف محلا تعلق به حق الغير فصار ضامنا كما في العبد الرهن اذا اتلفه الراهن ونصاب الزكوٰة اذا اتلفه المالك بعد وجوب الزكوٰة فلا يكون قادحا لما ذكرنا من المعنى *

قوله ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه اي ناحيتي رأسه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج لكون رأس الشاج اكبر من رأس المشجوج فاذا شج ما بين قرني الشاج مقدار شجته ويبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجة فيه فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص مقدار شجته وان شاء اخذ الارش وحكى الطحاوي عن محمد بن العباس الدارمي ان له ان يستوفي ما بين قرني الشاج وان كان اوسع اعتبارا باليد فان الكبيرة تقطع بالصغيرة والجواب ان القصاص في الشجة انما يثبت لاجل الشين الذي يتعلق بها لا لاجل المنفعة ولهذا لو برأت وعادت كما كان سقط الضمان والشين يزداد بزيادة الشجة والقصاص في اليد لتفويت المنفعة والصغيرة كالكبيرة فيها **قوله** وفي عكسه يخير ايضا اي لو كان رأس المشجوج اكبر من رأس الشاج يخير ايضا لانه لو استوفى المشجوج مثل حقه في المساحة مما بين قرني الشاج كان هذا ازيد في الشين من الاول لان تلك المساحة لم يأخذ ما بين قرني المشجوج لكبر رأسه وهي تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فيزداد في الشين وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دون حقه في المساحة فيخير ان شاء اخذ الارش وان شاء اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين وان كان دونه في المساحة * (قوله)

للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفاء الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف *

قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رح انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتباره

فصل

قال واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تع فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ اَخِيْهِ شَيْءٌ الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على مابيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكر واحالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد فالاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانه ما وجبت بالعقد **قال** وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان

قوله للتعدي الى غير حقه اي في مقدار الشين لا في قدر الشجة والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله نزلت الآية في الصلح تقديرا لآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضي الله عنهم فمن اعطي له على سهولة واريد به ولي القتيل يقال خذ ما اتاك (عفوا)

لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية

عفوا اي سهلا من اخيه اي من جهة اخيه المقتول شيء اي شيء من المال بطريق الصلح ويكره لانه مجهول القدر فانه مقدر بما تراضيا عليه فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ اي فله اتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح بالمعروف اي مطالبة ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ اي وعلى المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان في الاداء وقال جماعة وهو مروي عن عمرو ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم الآية في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي له وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليود القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص واريد بالمصدر في قوله فاتباع واداء اليه الامر بهذا الفعل كما في قوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ وقوله من قتل له قتيل الحديث تمامه فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيَرَتَيْنِ إِنْ شَاؤُا اَقَادُوا وَإِنْ شَاؤُا اَخَذُوا الدِّيَةَ كذا في الاسرار والمراد والله اعلم الاخذ برضاء القاتل لما بينا ان ليس لولي القتيل العدول عن القصاص الا برضاء القاتل *

قوله لان عقد الصلح اضيف اليهما لان الواجب بدل عن القصاص والقصاص عليهما على السواء فيقسم البدل عليهما على السواء كرجلين اشتريا عبدا كان الثمن عليهما على السواء لان الثمن بدل العبد وقد ملكاه على السواء فبدله كذلك فان قيل يجب ان يكون الالف عليهما على قدر قيمتهما لانه بالصلح اشترى كل واحد منهما دمه المستحق لولي القتيل كمن خالع امرأتيه على الف درهم تقسم الالف عليهما على قدر قيمة بضعهما قلنا الالف بدل دم المقتول وهما في اتلافه على السواء وفي الخلع بدل بضعهما فيقسم على قيمة بضعهما * (قوله)

واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم

قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رح هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما وفي المبسوط ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه عندنا وقال مالك رح لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا وكذا في عامة الكتب التخصيص بالدية ثم قال في المبسوط وكذلك ثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص التخصيص بقول ابن ابي ليلى في الخلاف يؤذن بان لا خلاف لمالك في القصاص وفي بعض الفوائد التنصيص على خلاف مالك في الدية لا ينافي خلافه في القصاص بل ينبغي ان يكون له فيه خلاف بالطريق الاولى لان الدية مال والمال مما لا خلاف فيه ان الزوج والزوجة يرثان فلما لم ير مالك فيه الارث فلان لا يرى في القصاص لهما بطريق الاولى وفي الاسرار القصاص يستوفيه الرجال والنساء وقال الشافعي رح لا حظ للنساء في الاستيفاء ولهن حق العفو لان المرأة ليست من اهل القتل لضعفهن ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا تضرب عليهن الجزية الواجبة مكان القتل فصارت في حق استيفاء القصاص كالصغير وان كانت كبيرة ولكنها تملك العفو لانها كبيرة كما قلت ان المرأة لا تملك انكاح نفسها وتملك الرد اذا انكحت بغير اذنها **قوله** ولهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولا يقال هذا التعليل يقتضي ان لا يرث الزوجان احدهما من الآخر المال ايضا لانقطاع السبب بالموت قلنا وقع عندهما ان الدية انما تجب بعد الموت بخلاف سائر الاموال فان حق الورثة تعلق بماله في ابتداء مرض الموت حتى نفذ تصرفه في ثلث المال لا في الثلثين وبالموت يتقرر ما يتعلق بموته فيستوي في ارثه جميع الورثة واما الدية فوجوبها بعد الموت (لا)

الصبابي من عقل زوجها أشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى إن من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث اويثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل واحدمنهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذ قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي في شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ

لاغير وحال وجوبه لم يبق السبب وهو الزوجية فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد منهما من الآخر عندهما وانا نقول الدية تجب للميت اولا ثم تثبت للورثة ولا تقع للميت الا بان يستند الوجوب الى سببه وهو الجرح كمن رمى الى صيد فمات ثم اصاب السهم الصيد فانه يورث منه كسائر اموالهٖ لهذا المعنى ولو اوصى بثلث ماله يدخل فيه الدية ايضا وروي عن علي رضي الله عنه انه كان يقسم الدية على من احرز الميراث *

قوله الصبابي بكسر الضاد المعجمة **قوله** امتنع بمعنى راجع الى القاتل وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص فيجب المال كما في الخطأ فان العجز عن القصاص ثم لمعنى في القاتل وهو كونه خاطئا روي ان هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضي الله عنه فشاور فيها ابن مسعود رضي الله عنه فقال ارى هذا قد احيا بعض نفسه فليس للآخرين يتلفه فامضى عمر رضي الله عنه القضاء على وفق رأيه **قوله** وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين الثلث في سنة والسدس في سنة *

(قوله)

ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد *

قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص

قوله ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه هذا كالالف اذا كانت مؤجلة الى ثلث سنين كان كل درهم منها مؤجلا الى ثلث سنين **قوله** لو تمالأ اهل صنعاء اي تعاون اصله من الملأ والممالأة في الاصل المعاونة في الاستقاء من البئر بالدلو ثم عم فصار مستعملا في مطلق المعاونة روي ان سبعة قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم فان قيل ما روي عن عمر رض يحتمل ان يكون بطريق السياسة فكيف يصح استدلالكم به على وجوب القصاص قلنا القصاص واجب بالنص في القتل العمد وقد وجد من كل واحد منهم قتل اذ المسئلة فيما اذا جرح كل واحد منهم جرحا مزهقا بخلاف قطاع الطريق لان هناك القتل بالمعاونة فاما ههنا يشترط الجرح من كل واحد منهم فاذا كان القصاص ثابتا بالنص فلا يمكن حمل الاثر على السياسة فيكون معناه بيانا للمسئلة بالمماثلة وازالة الشبهة **قوله** ولنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتيل قاتل اي قصاصا بوصف الكمال **قوله** اصله اي اصل ثبوت التماثل الفصل الاول وهو ما (اذا)

ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للانزهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به *

اذا قتل جماعة واحدا فالجماعة يقتلون بالواحد بالاجماع يعني ان الجماعة اذا قتلوا واحدا اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال ولولا هذا لما وجب القصاص فكذا اذا وقع القتل جزاء جعل كل واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال فان قيل الفرق بينهما ثابت بانا انما اوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد لرد غلبة القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة وهذا لا يوجد فيما نحن فيه قلنا لا كذلك بل المماثلة مرعية في القصاص ثم الزيادة في العدد ابلغ من الزيادة في الوصف فاذا كان لا يقتل المسلم بالمستامن وعلى قوله بالذمي والحر بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة الى رد غلبة القتل بغير حق فلان لا تقتل العشرة بالواحد اولى وكذلك في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر العظام لا يجب القصاص والحاجة الى رد غلبة الجناية هنا بغير حق يتحقق ولكن توهم الزيادة يمنع القصاص فتحقق الزيادة لان يمنع من ذلك كان اولى فعرفنا انه انما يقتل العشرة بالواحد بطريق المماثلة وبيان ذلك ان القتل مما لا يحتمل التجزي واذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل التجزي فاما ان ينعدم اصلا او يتكامل في حق كل واحد منهم كانه ليس معه غيره ولم ينعدم ههنا بالاتفاق فعرفنا انه تكامل كل واحد منهم قاتلا بمنزلة الاولياء في التزويج يتكامل الولاية لكل واحد منهم وفي هذا المعنى القتل الذي هو عدوان والقتل الذي هو جزاء سواء فان الاولياء اذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلا بكماله *

قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح اي من كل واحد من الاولياء وذلك لانهم لما حضروا وقضى القاضي اما ان يستوفوا بانفسهم جميعا او يوكل بعضهم بعضا في حقه او يوكلوا غيرهم فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل فيكون الجرح الصالح للانزهاق موجودا من كل واحد

قوله شرع مع المنافي وهو قوله عليه السلام الآدمي بنيان الرب * (قوله)

قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رحمه الله اذ الواجب احدهما عنده *

قال و اذا قطع رجلان يد رجل واحد فلاقصاص على و احد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزفيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث *

قوله والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت يده اي صورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رح فيما اذا اخذا سكينا واحدا ووضعاه في جانب واحد من يده وامراه على مفصل يده حتى ابانا يده امالو وضع احدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر وامراحتى التقى السكينان لايجب القصاص عنده ايضا وهذا بخلاف النفس فانه اذا وضع احدهما السكين على حلقه والآخر على قفاه وامراحتى التقى الكسينان يجب القصاص عليهما لان القتل ازهاق للحيوة وهو لا يحتمل الوصف بالتجزي فيضاف الى كل واحد منهما كملا **قوله** ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان القطع هو الفصل بين المتصلين ونحن نتيقن ان الفصل هنا بقوة كل واحد منهما وان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بامرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو لان امرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه فيكون كل واحد منهما قاطعا بعض اليد فلا يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل والقياس في النفس هكذا وانما تركناه بالاثر والاجماع وهذا ليس في معناها حتى يلحق بها لان الفعل في النفس لا يوصف بالتجزي لانه تصرف في الروح ولا يتصور انزهاق (بعضه)

قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا اوعلى التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لاتفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية

بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد كملا ضرورة عدم التجزي اما الفعل في الطرف فيوصف بالتجزي الا ترى انه يتحقق ان يقطع بعض اليد ويترك ما بقي فيجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض *

قوله وان قطع واحد يميني رجلين انما قيد بيميني رجلين لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر يقطع يداه لهما وكذلك اذا قطعهما من واحد **قوله** كالرهن بعد الرهن رهن شيئا من انسان وسلمه اليه ثم رهنه من آخر لم يصح الثاني **قوله** ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو القطع المحسوس وكونه مشغولا بحق الاول لايمنع تقرر السبب في حق الثاني فلا يمنع ثبوت حكمه الا ترى ان ملك المولى في عبده لايمنع وجوب القصاص عليه اذا تقرر سببه والحق دون الملك **قوله** والقصاص ملك الفعل يعني ان القصاص عبارة عن اطلاق الفعل والاطلاق في الفعل لا يقتضي حقا في المحل كما في الاصطياد والاحتشاش فان الفعل مملوك والمحل خلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لانه لثبوت يد الاستيفاء حكما فاذا ثبت للاول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي **قوله** لثبوت حقه وتردد حق الغائب يعني ان حقه ثابت في اليد (و)

لانه اوفى به حقا مستحقا **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا

ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهوم عسى ان يعفو وعسى ان لا يحضر فلا يؤخر الاستيفاء المعلوم بمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لهذا المعنى *

قوله لانه اوفى به حقا مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش بخلاف النفس فان هناك لو استوفى احدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له بشيء لان حقه في الاستيفاء فات بغيبته فانهما اذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا على الكمال فلا يجب معه الدية وليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما فانما تعذر على الثاني الاستيفاء بقضائه بطرفه حقا مستحقا عليه توضيحه ان في النفس وان قضى بها حقا مستحقا لا يمكن جعلها سالمة له بعد موته فلا يمكن تقويم نصيبه عليه بعد ما فات وفي الطرف يمكن ان يجعل كالسالم له وان يقوم عليه ذلك حين قضى حقا مستحقا عليه لانه كالحابس لطرفه حكما فلهذا يقضى للثاني بالارش **قوله** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود قيد بالعمد لانه لو اقر العبد بقتل الخطأ لا يجوز سواء كان مأذونا او محجورا وفي باب اقرار المحجور والمملوك من اقرار المبسوط ولا يجوز اقرار العبد التاجر لاجنبي بجناية ليس فيها قصاص لان هذا ليس من التجارة والاذن فك الحجر عنه في التجارة ففيما ليس بتجارة المأذون والمحجور سواء لانه يضر على مولاه فان جناية العبد لا يوجب عليه شيئا بل وجب على مولاه الدفع او الفداء واقرار العبد على مولاه باطل واذا اقر بقتل عمد جاز اقراره وعليه القصاص لانه يضر به على (نفسه)

والفعل يتعدد بتعدد الاثر والله اعلم بالصواب *

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده

نفسه فان المستحق بالقصاص دمه وهو في حكم الدم مبقى على اصل الحرية ولان المولى لا يملك الاقرار فيما لا يملكه المولى على عبده فالعبد بمنزلة الحر كطلاق زوجته يصح اقراره به كما يصح ايقاعه وكذلك اذا اقر على نفسه بسبب موجب للحد *

قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر لان الرمي الواحد جاز ان يتعدد بتعدد آثاره فان الانسان اذا ارسل سهما يسمى رميا واذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحا واذا اصاب ومات يسمى قتلا واذا اصاب كوزا وفرق تركيبه يسمى كسرا واذا نفذ السهم الى غير المرمي اليه صار بمنزلة فعل آخر وهو فيه مخطئ فيجب الدية والله اعلم بالصواب *

فصل

قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا الى آخره اعلم انه لا يخلو القطع والقتل من ان يتخلل بينهما برء اولا فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل احدهما في الآخر حتى لو كانا عمدين فللولي القطع (و)

ـ ن شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

والقتل وان كانا خطائين يجب دية ونصف دية وان كان احدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب في اليد القود وفي النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب في اليد نصف الدية وفي النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان احدهما عمدا والآخر خطاء يعتبر كل فعل على حدة فيجب في الخطاء الدية وفي العمد القود وان كانا خطائين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا فيجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند ابي يوسف ومحمد رح يقتل ولا تقطع وعند ابي حنيفة رح للولي الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر وروي عن نصر بن سلام انه كان يقول الخلاف فيما اذا قطع يده في مجلس وقتله في مجلس آخر اما اذا وجدا في مجلس واحد يقتل ولا تقطع يده عندهم ويجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة *

قوله فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه قال شمس الائمة السرخسي رح اشار ههنا الى ان الخيار الى الامام عند ابي حنيفة رح يعين ايهما شاء قال رح وليس كذلك بل الخيار للولي لان القصاص حقه وانما الخيار للامام في فصل قطاع الطريق عنده اذا قتلوا واخذوا المال كذا في الاسرار وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي **قوله** وله ان الجمع متعذر للاختلاف بين الفعلين اذ الطرف يسلك به مسلك الاموال بخلاف النفس **قوله** وهو متعذر اي القود يعتبر المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وحصول المساواة متعذر في الجمع **قوله** او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع لان (المحل)

ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان *

قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكم عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر يجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس

قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات

المحل يفوت به ولا يتصور السراية بعد فوت المحل حتى لو صدر القطع والجز من شخصين يجب القود على الجاز دون القاطع ولو لم يكن الجز قاطعا للسراية القطع لوجب القود عليهما فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة بدليل ان عشرة لو قتلوا رجلا خطا يجب عليهم دية واحدة وان تعدد الفعل لاتحاد المحل وان قتلوا رجلا عمدا قتلوا جميعا به لان القصاص جزاء الفعل فيتعدد بتعدد الفعل *

قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل ارش الجراحة لا يتقرر الا عند تقرر حالها بالبرء وههنا انما يتقرر حال القطع بالجز لانه قاطع للسراية وعند الجز لو وجب دية اليد يجتمع ضمان الكل والجز في حالة واحدة ولا يجتمعان اجماعا في حالة واحدة **قوله** ومن ضرب رجلا الخ معنى هذا ضربه تسعين في موضع وعشرة في موضع آخر فبرء موضع التسعين (و)

لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولانسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له

وسرى العشرة قالوا هذا اذا برأ من تسعين ولم يبق لها اثر اصلا فان بقي لها اثر ينبغي ان يجب عليه حكومة العدل للاسواط ودية للقتل وتفسير حكومة العدل انه لو كان عبدا مجروحا بهذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته فيضمن التفاوت الذي بينهما في الجزء من الدية وفي العبد من القيمة *

قوله لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو لانه عرض كما وجد يتلاشى فيكون المراد موجبه وموجبه نوعان القطع اذا اقتصر والقتل اذا سرى فيكون عفوا منهما كما لو قال ابرأتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب وهو رد العين عند قيامه ورد القيمة بعد هلاكه وكذلك المشتري اذا ابرأ البائع عن العيب يكون ابراء عن موجبه وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند التعذر **قوله** ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر الا ترى ان الاذن بالقطع اذن به وبما يحدث منه حتى ان من قال لآخر اقطع يدي فقطعها ثم سرى الى النفس لم يضمن فاذا جعل الاذن بالقطع اذنا له وبما يحدث منه فكذا العفو عن القطع لان العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء **قوله** والعفو لم يتناوله بصريحه كما لو قال اقطع لي قبل فلان فانه لا يوجب البراءة عن النفس (قوله)

بل الساري قتل من الابتداء وكذا الا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتنا وله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأً فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأً فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار

قوله بل الساري قتل من الابتداء لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح عقيب هذا الفعل عرفنا انه كان قتلا **قوله** وكذا الاموجب له اي للساري من حيث كونه قطعا وهذا لان موجب القطع ما شرع في ضمان الطرف فاما الواجب في النفس فليس بموجب القطع بل هو موجب القتل وبالسراية تبين ان حقه في موجب النفس دون موجب الطرف فظهر انه عفا عن غير حقه فبطل عفوه اذ العفو اسقاط الحق فيبطل اذا صادف ماليس بحقه وكان القياس ان يجب القصاص الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود **قوله** وفاقا اي اذا قال عفوت عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه وخلافا اذا قال عفوت عن القطع **قوله** آذن لذلك اطلاقه وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده ذكر القطع مطلقا من غير وصف العمد والخطأ فان قيل الوضع في قتل العمد بدليل قوله فعلى القاطع الدية في ماله فلا يكون مطلقا قلنا الوضع مطلق وقوله فعلى القاطع الدية في ماله جواب لاحد نوعيه اي عليه الدية في ماله ان كان عمدا **قوله** وان كان عمدا فهو من جميع المال اي يسقط القصاص من جميع المال في العمد حتى لو كانت الدية زائدة على الثلث لا ينقلب شيء من القصاص مالا لان المنحصر في الثلث التبرع بالمال والقصاص ليس بمال **قوله** ولم يتعلق به حق الورثة فان قيل القصاص يورث فكيف لا يتعلق به حقهم قلنا حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت الا عند عدم الاصل والقياس في المال ان لا يظهر حقهم الا بعد موت المورث الا انه ثبت ذلك شرعا قال عليه السلام انك (ان)

كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث *
قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففى مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا

ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس والغناء بالمال يكون ولا ذلك الا بتعلق حقهم بما يتعلق الغناء به بعد موته اما القصاص فليس بمال لانه ليس الا بمجرد انتقام وتشفي صدر فلا يتعلق حقهم به *
قوله كما لو اوصى باعارة ارضه اي كما لو اعار ارضه في مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من كل المال ولا يصح ارادة حقيقة الوصية باعارة ارضه لان الرواية محفوظة انه اذا اوصى باعارة ارضه ولم يخرج من الثلث فالحكم فيها التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين وان كان قابلا للقسمة يقسم ويسكن الموصى له فى الثلث والورثة فى الثلثين **قوله** واما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز وقال بعضهم لا يسقط قدر نصيب القاتل وقال بعضهم يسقط الكل لانه لو بقي نصيبه بجعل كان الواجب ليس الا هذا فيتحمل عنه العاقلة ثم هكذا وهكذا الى ان لا يبقى شيء على القاتل فى الآخرة فاوجب سقوط الكل وهو الصحيح وذلك لانا لو ابطلنا الوصية في حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة كمن اوصى لحي وميت كانت الوصية للحي تصحيحا للوصية فلو ابطلنا الوصية في حصته ابتداء يلزمنا تصحيحها فى الانتهاء على ما ذكرنا فصححناها ابتداء قصرا للمسافة **قوله** واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها (على)

يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه

على يده اي على موجب يده ثم مات فلها مهر مثلها قيد بالموت في وجوب مهر المثل لانه لو لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير ارش ذلك وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث عنه او على الجناية لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا كذا ذكره الامام قاضي خان والمحبوبي رح *

قوله يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف فان قيل القصاص لا يجري في الطرف بين الرجل والمرأة فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف قلنا القصاص هو الواجب الاصلي نظرا الى ظاهر قوله تعالى وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ الا انه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفيهما **قوله** وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فان قيل القصاص متقوم في حق من عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرا كالمنافع فانها غير متقومة في ذاتها ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها صلحت مهرا قلنا القصاص ليس بمتقوم في حق من له والمهر لا بد وان يتقوم في حق الرجل على الاطلاق قال الله تعالى اَنْ تَبْتَغُوا بِاَمْوَالِكُمْ ولا يقال بان هذا يشكل بما اذا تزوج امرأة على خمسة آلاف درهم يظنان انها له عليها ثم تصادقا انه لم يكن عليها شيء يجب المسمى دون مهر المثل فينبغي ان يكون كذلك ههنا لانا نقول هناك المسمى مما يصلح مهرا ولا جهالة فيه فلا يصار الى مهر المثل فاما ههنا المسمى ليس مما يصلح مهرا وهو القصاص وهو الموجب الاصلي وكذلك الارش فيه نوع من الجهالة فانه يحتمل ان يقضي به القاضي من الدراهم او الدنانير فلهذا يصار الى مهر المثل ولهذا لو تزوجها على الف درهم او مائة دينار فانه يجب مهر المثل * (قوله)

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها * **قال** ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوط حقه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها

قوله واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة اي اذا حلت الدية لا في الحال لتاجيل الدية وحلول مهر المثل **قوله** ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها ولا يقال بان الصحيح انه تجب على القاتل ثم يتحمل العاقلة فيكون اصل الوجوب على القاتل واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة لانا نقول عند بعض المشائخ تجب على العاقلة ابتداء وعند بعضهم يتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا تقع المقاصة **قوله** كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا بان قال اسقطت عنك القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا **قوله** ولهم ثلث ما ترك وصية اي وللعاقلة الزيادة على مهر المثل اذا خرج من الثلث وتبرء العاقلة عن ذلك وان كانت الزيادة على مهر المثل الى تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله فبقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم ويؤدون الباقي الى ورثة الزوج وفي الاوضح هذا الجواب فيما اذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من (لا)

فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم يخرج يسقط ثلثه وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين *

قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به *

قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص اولم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ

لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة فاما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة قال بعضهم يجب ان لا يصح لانه لابد وان يبطل الوصية في قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل والصحيح انه يصح لانه لو لم يصح الوصية في قدر حصتها لها يصح في الكل لغيرها كما اذا اوصى بثلث ماله لحي وميت يصح الوصية بكل الثلث للحي فكان اسقاط كل الدية لازما وان بطلت الوصية في حصتها فلا معنى للابطال *

قوله فمن المحال ان ترجع عليهم اي ان ترجع المرأة على العاقلة وذكر الامام التمرتاشي رح وان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر فلا شيء على العاقلة لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها **قوله** فاتفق جوابهما في الفصلين اي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث عنها او على الجناية بين الفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلثة **قوله** ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص اولم يقض ترديد القضاء وغير القضاء مقدم على العفو وقوله وما برأ تاكيد لقوله سرى *

اوما عفا وما سري او قطع ثم جز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذ كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفي غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء والعفو والاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سري لانه استيفاء وما اذا لم يعف وما سري قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح

قوله اوما عفا وماسرى اي لم يظهر حاله بعد هذه المسئلة على اربعة اوجه قطع ثم عفا وبرأ ولم يسرا ولم يعف وسرى او عفا وسرى او لم يعف ولم يسر والمختلف هو الاول وكذ الثالث ايضا على الخلاف في الصحيح من الرواية **قوله** وله انه استوفى غير حقه لان استيفاء الطرف قطع وقد بينا ان حقه في القتل والقطع غير القتل وقد استوفاه من نفس متقومة فان نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص **قوله** وانما لا يجب في الحال جواب اشكال وهو ان يقال اذا كان القطع غير حقه وقد استوفاه وانه مضمون عليه فلم لا يجب عليه الضمان في الحال فاجاب بما ذكر **قوله** وملك القصاص في النفس ضروري لانه ثابت على منافاة الدليل لان القاتل حر والحرية ينافي المملوكية ولكن يثبت لصيانة الدم المعصوم وحصول الزجر المقصود بشرعيته فيقدر بقدر ماتدفع به الضرورة والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء او العفو والاعتياض بالصلح لان هذه الاشياء تصرف فيه اي في القاتل او في القصاص اما كون الاستيفاء تصرفا فيه فظاهر وكذلك العفو لانه اسقاط واسقاط الشيء تصرف فيه وكذا الاعتياض فاما قبل الاستيفاء او العفو او الاعتياض فلا ضرورة فلا يظهر الملك فيجب الضمان باتلافه *

والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه *

قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم بالصواب *

قوله والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع اصابعه ثم عفا وهو ان الاصابع وان كانت تابعة للكف قياما به فالكف تابعة لها غرضا لان منفعة البطش يقوم بالاصابع وانها اصل فى الضمان ايضا ولكل اصبع ارش مقدر بخلاف الكف فلما صار اصلا كان للمقطوع حق الاستيفاء قصدا ويكون استيفاؤها كاستيفاء الكف بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه **قوله** فصار كالامام اي اذا قطع يد السارق فسرى ومات والبزاغ والحجام اذا فعلا فعلا معتادا والمأمور بقطع اليد كما اذا قال لرجل اقطع يدي فقطع يده فمات المقطوع من القطع لا شيء عليه وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلم يجز ان يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة **قوله** ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة **قوله** فاشبه الاصطياد اي فى الاباحة والاباحة تتقيد بوصف السلامة بدليل انه لو رمى الى صيد فاصاب انسانا يضمن كذا ههنا والله اعلم بالصواب * (باب)

باب الشهادة في القتل

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلک الدين يكون لابيهما على الآخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملک فيه لمن له الملک في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملک في الاموال

باب الشهادة في القتل

قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة قبلت البينة ولم يعد بالاجماع واجمعوا ايضا على ان القاتل يحبس الى ان يحضر الغائب لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا على انه لا يقضي بالقصاص مالم يحضر الغائب لان المقصود من القضاء الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع ثم اذا قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد واصل الاختلاف راجع الى ان حق استيفاء القصاص في الاصل لمن هو فوقع عند ابي حنيفة رح انه حق الوارث ابتداء ووقع عندهما انه حق المورث ولا يصح الاستدلال لهما بصحة العفو فان العفو عن القصاص في جواب الاستحسان كما يصح من المورث المجروح كذلک يصح من الوارث حال حيوة المورث **قوله** طريقه الخلافة وطريق الخلافة ان الملک يثبت للخليفة كانه هو الاصل لقيامه مقامه كالعبد يوهب له شئ فيقبل يثبت الملک للمولى ابتداء بطريق الخلافة بخلاف الدين لانه مال والميت اهل لملک المال ولهذا يكفن من ماله ويقضى ديونه من ماله فاما القصاص فملک الفعل والميت ليس من اهل الفعل وانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرک الثأر والميت ليس من اهله (قوله)

كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي ذكرناه

قال فان كانت الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه اذا كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما

قوله كما اذا نصب شبكة اي للاصطياد **قوله** وهو عفو منهما لانهما بالشهادة زعما ان القود قد سقط وزعمهما يعتبر في حقهما **قوله** معناه اذا صدقهما وحده اي صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثي الدية للشاهدين لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا يضمن للمشهود عليه شيئا لانه اقر بالعفو حيث صدق الشاهدين **قوله** وان كذبهما اي المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما اثلاثا وذلك لانهما بالشهادة اقرا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما مالا وقد اقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل فلزمه ثلثا الدية لهما وثلث الدية للمشهود عليه لانه ما اقر بسقوط القصاص وانما سقط القصاص باقرار غيره (قوله)

وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك *

قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح *

قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان آخر فالقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل

قوله وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك لانه انكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه ولكنه تصرف الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه للشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به له القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم وقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان كذا هذا **قوله** وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح كالسيف وما يجري مجراه وانما اول بالجارح ليكون المسئلة مجمعا عليها فان قيل الشهود وان شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده **قوله** واذا اختلف شاهدا القتل (في)

لان المطلق يغاير المقيد **قال** وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية
ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولوا كذبهم في نفي
العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك
وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة *
قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما
وان شهدوا على رجل انه قتل وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا
بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل
ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له

في الايام بان شهد احدهما ان القتل كان في يوم الخميس وشهد الآخر انه كان في يوم
الجمعة او في البلدان بان شهد احدهما ان القتل في بلد كذا وشهد الآخر انه كان
في بلد آخر او في الذي كان به القتل اي في الآلة *
قوله لان المطلق يغاير المقيد لانه يحتمل ان يكون عمدا ويحتمل ان يكون شبه عمد ويحتمل
ان يكون خطأ والقتل بالعصا شبه عمد فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط
قوله والمطلق ليس بمجمل فان المطلق ممكن العمل الا ترى ان الله تعالى اوجب الكفارة
بتحرير رقبة مطلقة وجب العمل به ولو كان مجملا لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكسائي
قوله على اجمالهم بالمشهود عليه اي احسانهم في حقه بالستر عليه **قوله** واولوا كذبهم
في نفي العلم اي الشهود اولوا قولهم لا ندري مع انهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث
باطلاق الكذب باطلاقه اي بتجويز الكذب في اصلاح ذات البين وهو قوله عليه السلام
ليس بكذاب من يصلح بين اثنين **قوله** وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود (عليه)

فيران تكذيب المقرله المقر في بعض ما اقربه لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم بالصواب *

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك *

عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب ههنا كما ان الاصلاح مندوب هناك فكان ورود الاطلاق والتجويز هناك ورودا هنا *

قوله غير ان تكذيب المقرله في بعض ما اقربه قيد بالبعض لان تكذيب المقرله في كل ما اقربه رد لاقراره فيبطل به والله اعلم بالصواب *

باب في اعتبار حالة القتل

قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه لان من له الحق متى اخرج المتقوم عن التقوم يصير مبرئا للضامن عن الضمان كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان **قوله** ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل (١)

قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مع قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لااثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلايجب به ضمان فلاتتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى

اي حل الصيد وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والجرح سبب الموت فصار كانه قتله حين جرحه والرمي سبب الجرح ويصح التكفير قبل الاصابة ايضا وفي الجامع الصغير لقاضي خان فيصير قاتلا من وقت الرمي ولهذا لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة صح كذا في كبيره *

قوله له ان العتق قاطع المسراية اي لمحمد رح كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء اي لا يضمن دية ولا قيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان توجه السهم عليه اوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي فيعتبر قيمته يومئذ وهذا على اصل ابي حنيفة رح ظاهر لانه يعتبر وقت الرمي واما ابو يوسف رح فانما لم يعتبر وقت الرمي فيما اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه لانه اعترض على المحل مايبطل عصمته وهنا الحرية توكد عصمته واذا اعتبر قاتلا من وقت الرمي وانه مملوك في تلك الحالة فيجب القيمة لان الفعل انعقد من الابتداء موجبا للقيمة فلا يتغير باعتراض الحرية بخلاف القطع والجرح والضرب الممرض لانه اتصل الفعل بالمحل وتاثر به (١)

وزفر رح وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه

قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلذلك افترقا والله اعلم بالصواب *

المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدايته فلابد من ان يجعل العتق قاطعا للسراية بهذه الضرورة ولا ضرورة في الرمي لانه لا اثر له في المحل قبل الوصول وانما يقل الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يلزم المخالفة في البداية والنهاية في استحقاق الضمان فيجب القيمة للمولى ومحمد رح يحتاج الى الفرق ايضا فانه لم يعتبر هنا الا حالة الرمي ولا حالة الاصابة وفيما تقدم مع ابي يوسف رح لمحمد رح ان نهاية الجناية مخالفة لابدائها فلا يمكن اعتبارهما معا لان ذلك يوجب ان يكون الواجب مشتركا بين المولى والعبد والفعل لم ينعقد موجبا لهذا ولا اعتبار احدهما دون الآخر فيصار الى ما ذكر من اعتبار الفصل بخلاف الاول فانه بالارتداد يكون مبرئا فيسقط الضمان *

قوله وزفر رح وان كان يخالفنا في حق وجوب القيمة اي يجب الدية عنده نظرا الى حالة الاصابة **قوله** ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود الى آخر الباب ففي هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمي بالاجماع فظهر من هذا ان المعتبر حالة الرمي عندهما ايضا الا ان المرمي اليه فيما اذا رمى مسلما فارتد ثم اصابه صار مبرئا للرامي عن ضمان الجناية فلم يجب شيء بخلاف هذه المسائل والله اعلم بالصواب *   (كتاب)

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات **قال** وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزي ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته*

كتاب الديات

الدية لغة مصدر من ودي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل للمال الذي هو بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والارش اسم للواجب على ما دون النفس **قوله** وقد بيناه في اول الجنايات اي بينا شبه العمد **قوله** ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء يعني ان الفاء للجزاء وجزأ بالهمز اي كفى وانما يكون كافيا اذا كان المذكور كل الواجب اذ لو كان شئ آخر واجبا لكان المذكور بعض الجزاء او لكونه كل المذكور فلو كان شئ آخر واجبا والموضع موضع الحاجة الى البيان لكان مذكورا وحيث لم يذكر علمنا ان المذكور كل الواجب وهذه قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما انهانا الشرع اليه ولا يقال بان السكوت لا تدل على ان المذكور كل الواجب لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد الحديث ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثم وجد بيان بنص آخر او نقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا ان الكفارة لا تجب في شبه العمد **قوله** ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به لا يقال بان الايمان منصوص عليه فيعتبر الكمال كما قلنا في قبض الهبة لانا نقول ذلك فعل حسي وهذا وصف (قوله)

* صز

قال وهو الكفارة فى الخطأ لما تلوناه وديته عند ابي حنيفة وابي يوسف رح مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر وزيد رضي الله عنهما ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع

قوله وهو الكفارة فى الخطأ اي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرناه في شبه العمد هو الكفارة فى الخطأ **قوله** وديته عند ابي حنيفة رح اي دية شبه العمد **قوله** كلها خلفات الخلفة الحامل من النوق وجمعها من غير لفظها مخاض وقد يقال خلفات وقوله في بطونها اولادها صفة مقررة كما في قوله عليه السلام ما ابقتة الفرائض فلاولي رجل ذكر **قوله** ولان دية شبه العمد اغلظ اي من دية الخطأ **قوله** لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا والمغيرة بن شعبة وابا موسى الاشعري رضي الله عنهم قالوا كما ذكر محمد والشافعي رح وقال علي رضي الله عنه تجب اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه يجب ارباعا كما ذكرنا وذكر في شرح الاقطع ما رواه محمد والشافعي رح ثم قال هذا الخبر معارض لقول ابن مسعود رضي الله عنه ولا مدخل للرأي في تقديرات الشرع فلابد من ان يكون مسموعا واذا تعارض الخبران كان الاخذ بالمتيقن اولى وفى المبسوط والمعنى فيه انه انما يجب الدية عوضا عن المقتول والحامل لا يجوز ان يستحق في شيء من المعاوضات لوجهين احدهما ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من العدد (بل)

فيعارض به **قال** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا **قال** وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل **قال** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه **قال** ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك **قال** ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة بل من حيث السن ثم الديات يعتبر بالصدقات والشرع نهى عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها من كرائم اموال الناس فكذلك في الديات وهذا لان في شبه العمد الدية تجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات *

قوله فيعارض به اي ما رواه الشافعي رح يعارض بقول ابن مسعود رض لانه كالمرفوع وما رويناه يبقى سالما **قوله** ولان ما قلناه اخف وهو اقامة ابن مخاض مكان ابن لبون **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي ع م قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال باقامة ابن مخاض مكان ابن لبون **قوله** وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة فان قيل اثنا عشر بوزن ستة يكون اكثر من عشرة آلاف ايضا فكيف يفيد هذا التاويل قلنا قال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا شيئا الا انه اضيف الوزن الى ستة بما كان قريبا منه كما يقال فلان يملك مائتي درهم اذا كان يملك قريبا من ذلك * (قوله)

كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمنا ها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه *

قوله كل حلة ثوبان الحلة ازار ورداء هو المختار وقيل في ديارنا قميص وسراويل كما في النهاية **قوله** وذكر في المعاقل اي في كتاب المعاقل من المبسوط انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة الى قوله لا يجوز اورد هذا على طريق الشبهة على قول ابي حنيفة رح اي ما ذكر في كتاب المعاقل دليل على ان هذه الاصناف في الدية اصول مقدرة عنده كما هي عندهما اذ لو كان بدلا لجاز كما لو صالح على بدل آخر فاجاب عن الشبهة بوجهين احدهما انه صحح رواية كتاب المعاقل وقال لا خلاف بينهم وان هذه الاصناف من الاصول المقدرة ايضا والثاني انه لم يصحح الشبهة وقال الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور في الكتاب وما ذكر في المعاقل محمول على قولهما والجواب عن قضاء عمر رضي الله عنه انه يحتمل ان عمر رض انما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى بالدراهم او الدنانير اذ الصلح من الدية على مال آخر جائز **قوله** وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه اي ما دون ثلث دية الرجل وللشافعي رح في الثلث روايتان وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش (بقدر)

قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رح ماروي ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابوبكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رح لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم والله اعلم *

بقدر ثلث الدية اودون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجال وبيانه فيما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشرة من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصائبها قل ارشها قال اعرابي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي رح وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله عليه السلام قلنا اراد به سنة زيد رض *

قوله فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم وهو ماروى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم ان النبي ع م ودي العاهدين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن امية بمائة من الابل وعن الزهري ان ابابكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وعن ابن مسعود رض دية الذمي مثل دية المسلم وعن الزهري ايضا كانت دية الذمي مثل دية المسلم على عهد رسول الله عليه السلام وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وعن علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ومايروى بخلاف هذا من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار * (فصل)

*

صح

فصـــــل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه **قال** وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عم لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال او ازال الجمال مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرناه ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف

فصـــــل فيما دون النفس

قوله في النفس الدية انما ذكر هذا تبركا بالابتداء بالحديث وهذا لفظ الحديث **قوله** وقد ذكرنا اي في اوائل الجنايات وسعيد بن المسيب من التابعين وما روي عن رسول الله عليه السلام فهو مرسل وهو حجة بالاجماع والمارن ما لان من الانف والقصبة ما صلب منه فالحاصل ان ما لا ثاني له في البدن من اعضاء او معان مقصودة فباتلافها يجب كمال الدية والاعضاء على اربعة انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو ازواج ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار فالاعضاء التي هي افراد ثلثة الانف واللسان والذكر فاتلافها كاتلاف النفس في انه يجب باتلافها كمال الدية لان في قطع الانف تفويت جمال كامل ثم كما يجب الدية بقطع (جميع)

وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لاتحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطئ والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي

جميع الانف يجب بقطع المارن لان تفويت الجمال به يحصل وكذلك في اللسان والذكر الدية على ماذكر في الكتاب والمعاني التي هي افراد في البدن العقل والنفس والشم والذوق ففي كل واحد منها دية كاملة واما الاعضاء التي هي ازواج في البدن العينان والاذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والانثيان والرجلان ففي قطعهما كمال الدية وفي احدهما نصف الدية واما الاعضاء التي هي ارباع في البدن فهي اشعار العينين يجب في كل شفر ربع الدية على مايجيء بيانه واما التي هي اعشار في البدن فالاصابع اي اصابع الرجلين واصابع اليدين ففي قطع اصابع اليدين يجب كمال الدية وفي كل اصبع عشر الدية واما الاعضاء التي هي يزيد على ذلك في البدن فهي الاسنان يجب في كل سن نصف عشر الدية وذكر الامام التمرتاشي وفي آلة الخصي والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في عمده ولا الدية في خطائه ويجب فيه حكومة عدل *

قوله وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان الحروف التي يتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون فما لم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه بحصته من الدية فاما الهوائية والحلقية والشفوية فلايدخل في القسمة فالشفوية الميم والباء والحلقية العين والغين والقاف والاصل في هذا ما روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رض فامره ان تقرأ ا ب ت ث فكل ما قرء حرفا اسقط من ديته بقدر ذلك ومالم يقرأ اوجب من الدية بحساب ذلك * (قوله)

هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له **قال** وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه

قوله هو طريق الاعلاق عادة وانما قيده بالعادة لانه يتصور الاعلاق بالسحق الا انه في العادة انما يتحقق بالايلاج **قوله** في معاشه اي في دنياه ومعاده اي آخرته **قوله** وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه اي يجب الدية بمقابلة فوات كل واحدة من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني فان قول المجني عليه لا يقبل قلنا اذا صدقه الجاني او استحلف فنكل تثبت فواتها ثم فوات البصر يعرفها الاطباء فينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما في ذلك حجة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فقال وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل فينادى فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب وحكي عن اسمعيل بن حماد ان امرأة تطارشت اي ارت ان بها طرشا وهو نوع صمم في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاءة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وقال ابو يوسف رحمه الله في المنتقى لا يعرف ذهاب السمع فالقول فيه قول الجاني واما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي طريقه ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وقال محمد رح في الاصل ينظر اليه اهل ذلك وان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول قول الجاني مع يمينه على البتات اما اليمين فلان المجني عليه يدعي موجب الجناية والجاني ينكر واما على البتات فلان هذا اليمين على فعل نفسه وهو ذهاب بصر غيره وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه *

(قوله)

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رض قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر **قال** وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال **قال** وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر **قال** وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقها لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لايجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه تنقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولايزينه

قوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل منها للاخرى بخلاف قتل النفس حيث لايجب الادية واحدة لان الاطراف تبع للنفس اما الطرف فليس بتبع للطرف الآخر فيعتبر كل واحدة منها بنفسها **قوله** وفي شعر الرأس الدية لما قلنا اراد به قوله لانه تفوت به منفعة الجمال وذكر الامام التمرتاشي رح قالوا وحلق رأس انسان (ولم)

ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية *
قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام **قال** وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بيناه **قال** وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه

ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حال الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات وكذا حلق اللحية فان مات المحلوق رأسه او لحيته قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيء فيه وقالا حكومة عدل *
قوله ويستوي العمد والخطأ ويعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا تجب الدية لا القصاص لان القصاص لا يجب في شيء من الشعور لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا او دلالة والنص انما ورد في الجراحات قال الله تعالى والجروح قصاص وهذا ليس في معناها لانه لا يحتاج في حلقها الى ايلام ولا يتوهم فيها السراية كما في الجراحات ثم قيل صورة حلقهما خطأ هي ان يظنه مباح الدم فحلق الوالي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم * (قوله)

يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رح في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة *

قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها*

قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا *

قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع **قال** وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل

قوله يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رح في الاصل ذكر في مبسوط شيخ الاسلام وجعل محمد رح الاشفار اسماء للشعور التي تنبت على حروف العين واطرافها وقد خطأه اهل اللغة في هذا وقالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها يسمى الهدب قالوا وكانه اخذ من شفر الوادي وهو جانبه وحده فسميت منابت الشعور اشفارا لانها حدود الاجفان ولكن مشائخنا قالوا بان الامر كما قالوا ان الاشفار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب الا انه كني بالاشفار عن الهدب لاتصال ومجاورة بينهما كما سموا القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه الماء لاتصال بين القربة والبعير وكما (قيل)

والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات *

قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا الواجب به لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر والله اعلم بالصواب *

قيل للمطر سماء ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا تجب في الكل الدية وتجب في كل شفر ربع الدية ويستوي ان ينتف الاهداب وافسد المنبت او قطع الجفون كلها بالاهداب *

قوله الاسنان والاضراس سواء لو اقتصر على الاسنان لكفى لانه اسم جنس وفي المبسوط يستوي في ذلك الانياب والنواجذ والطواحن والضواحك ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ولسنا ناخذ بذلك لان النبي عليه السلام قال في كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ثم ان كان في بعضها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى قيل اذا قلع جميع اسنانه فعليه ستة عشر الفا من الدراهم لان الاسنان اثنان وثلثون فاذا وجب في كل سن نصف عشر الدية وهي خمسمائة بلغت الجملة ستة عشر الفا وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان واذا قلع جميع اسنان الكوسج فعليه اربعة عشر الفا لان اسنانه يكون ثمانية وعشرين لما حكي ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رح عن ذلك فقال يعد اسنانه فان كانت اثنين وثلثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج **قوله** لان المتعلق تفويت جنس المنفعة اي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية وهو تفويت جنس المنفعة والله اعلم بالصواب * (فصل)

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الي السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الي ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ *

قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الي العظم فيتسا ويان فيتحقق القصاص *

قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لاحد ينتهي السكين اليه

فصل في الشجاج

قوله والمتلاحمة في المغرب هي الشجة التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها اي يتلائم ويتلاصق قال الازهري الاوجه ان يقال اللاحمة اي القاطعة للحم وانما سميت بذلك على مايؤل اليه او على التفاؤل وفي المبسوط وروي عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف في ماخذ الكلمة لا في الحكم فمحمد رحمه الله ذهب الى ان المتلاحمة ماخوذة من قولك التحم السنان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة مايظهر اللحم ولا يقطعه والباضعة بعدها لانها يقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة مايعمل في قطع اكثر اللحم فهو بعد الباضعة والآمة بالمد من امه اي شجه آمة وهي التي يبلغ ام الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ جلد رقيق وام الدماغ الجلد التي يجمع الدماغ كذا في الصحاح * (قوله)

ولان فيمافوق الموضحة كسرالعظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقال محمد رحمه الله فى الاصل وهو ظاهرالرواية يجب القصاص فيماقبل الموضحة لانه يمكن اعتبارالمساواة فيه اذليس فيه كسرالعظم ولا خوف هلاك غالب فيُسْبَرغورها بمسبار ثم يتخذ حديدةً بقدر ذلك فيُقطع بهامقدار ماقطع فيتحقق استيفاء القصاص *

قال وفيمادون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيهاارش مقدرولايمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهوما ثور عن النخعي وعمربن عبد العزيزرح *

قال وفى الموضحةان كانت خطأ نصف عشرالدية وفى الهاشمة عشرالدية وفى المنقلة عشرالدية ونصف عشرالدية وفى الآمة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهماثلثا الديةلماروي في كتاب عمروبن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمّة ويروى فى المامومة ثلث الديةوقال عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخربثلثي الدية ولانهااذانفذت نزلت منزلة جائفتين احدهمامن جانب البطن والاخرى من جانب الظهروفي كل جائفة ثلث الدية فلهذاوجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمةقبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيهاالدم ويسود وماذكرناه بدأ مروي عن ابي يوسف رح

قوله ولان فيمافوق الموضحة اي فيما هواكثر شجة من الموضحة وهوما ذكره بعد الموضحة وهوثلثة الهاشمة والمنقلة والآمة **قوله** وقال محمد رحمه الله فى الاصل وهوظاهرالرواية يجب القصاص فيماقبل الموضحة اي قبل الموضحة ذكرا ودون الموضحة اثرا وشجا وهوستة من الحارصة الى السمحاق **قوله** وفيمادون الموضحة حكومةعدل اي دون الموضحة من حيث الاثر والشج ولكن قبل الموضحة من حيث الذكر وهوالحارصة الى السمحاق فلذلك ذكره مرة بماقبل الموضحة ومرة بمادون الموضحة * (قوله)

وهذا اختلاف عبارة لايعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لاجناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس تسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لايكون لها ارش مقدر وانما تجب لها حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولامواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن

قوله وهذا الاختلاف عبارة اي اختلاف في ماخذ الكلمة لايعود الى معنى وحكم اي لا يعود الى معنى مؤثر يبتني عليه الاختلاف في الحكم **قوله** والحكم مرتب على الحقيقة اي فيما اذا كانت الشجة في الوجه والرأس **قوله** واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وفي الذخيرة والذقن من الوجه بلا اختلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث في اللحيين كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لمالك رح وفي مبسوط شيخ الاسلام و يجب ان يفرض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وفي الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه و ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة وفي الذخيرة ولاتكون جائفة على الوجه وان نفذت الى الفم وفيه حكومة عدل * (قوله)

وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه والله اعلم *

(فصـــل) وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله ع م وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه

قوله وتفسير حكومة العدل على ما قال الطحاوي رح ان يقوم مملوكا الى آخره فاذا كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ قيمته تسعمائة علمت ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته وبه اخذ شمس الائمة الحلوائي رح وقال في فتاوى قاضيخان الفتوى على هذا واما تفسير ما قاله الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك بيان هذا ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح كذا في الذخيرة *

(فصـــل) **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية اي اليد الواحدة **قوله** على ما روينا وهو ما ذكر في فصل ما دون النفس قوله ع م في كل اصبع عشر من الابل **قوله** وهو الموجب على ما مر وهو قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى آخره * (قوله)

لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع *

قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولاشيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل

قوله لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا كما لو لم يجعل احدى اليدين تابعة للاخرى واما قوله واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب وقال عليه السلام وفي اليدين الدية فان اسم اليد متناول لهذه الجارحة من رؤس الاصابع الى الابط قلنا لا نسلم لما ان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به مفصل الزند بدليل آية السرقة كذا في المبسوط **قوله** ولا الى ان يكون تبعا للكف اي لا وجه الى ان يكون تبعا للكف لان الكف تابع للاصابع ولا تبع للتبع لانه من حيث انه تبع لا يجب للكف شيء ومن حيث انه اصل للساعد وجب ان يجب له شيء فيؤدي الى الجمع بين الوجوب وعدمه ولما لم يكن الساعد تبعا لا الى الاصابع ولا الى الكف وجب اعتباره اصلا اذ لا وجه الى اهداره ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدر فتجب فيه حكومة عدل **قوله** حقيقة وشرعا اما من حيث الحقيقة فلان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس له ارش مقدر وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأي والرأي لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص اولى وهذا لان المصير الى الرأي للضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب المقدر بالنص * (قوله)

*

والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولاشيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لامنفعة فيه ولازينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا

قوله والترجيح من حيث الذات والحكم اي من حيث الحقيقة والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب لان المصير الى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة ولا مساواة بين الرأي والنص فلا يصار الى الترجيح هذا اذا بقي اصبع واحدة واما اذا لم يبق من الاصبع الا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عند ابي حنيفة رح يجب فيه ارش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له لان ارش ذلك المفصل مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع كما اذا بقي واحد من اصحاب الخطة في المحلة لايعتبر السكان وروى الحسن عن ابي حنيفة رح اذا كان الباقي دون اصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل في الاكثر لان ارش الاصبع منصوص عليه فاما ارش كل مفصل غير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص بنوع رأي وكونه اصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل واحد اعتبرنا فيه الاقل والاكثر ولكن الاول اصح كذا في المبسوط ثم اعلم انه اذا قطع الكف ولا اصابع فيها قال ابويوسف رح فيها حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان الاصبع الواحدة يتبعها الكف على قول ابي حنيفة رح فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كذا في الايضاح **قوله** وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل اي سواء كان في العمد وفي الخطأ وسواء فيما اذا كان للقاطع اصبع زائدة ام لا هكذا ذكر في الذخيرة ولا يقال بان قوله عليه السلام في كل اصبع كذا مطلق وهذا اصبع لانا نقول انما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس والاصبع الزائدة ليست بهذه المثابة فلا يتناوله النص **قوله** وكذلك السن الشاغية لما قلنا اشارة الى قوله لانه جزء من يده والسن الشاغية ايضا جزء من فمه * (قوله)

وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ

قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما لو اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا

قوله وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل ولا يلزم جواز تحرير الرضيع عن الكفارة لانه مأمور بتحرير الرقبة والظاهر سلامتها فيتحقق الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجب غيره بالشك فاما الظاهر هنا لا يصلح حجة لايجاب القصاص والدية فلا يجبان بالشك على انه قال فخر الاسلام رح تاويل تحريره عن الكفارة انه اعتق ثم عاش حتى ظهر سلامة اطرافه حتى لو مات قبل ان يظهر سلامة اطرافه لم يتأد به الكفارة فاما ههنا بالقطع تنقطع طريق معرفة السلامة فلهذا امتنع القصاص والدية **قوله** ومن شج رجلا اي موضحة فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية وقال زفر رح لا يدخل لانهما جنايتان مختلفتان فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط اي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر وكذلك وجوب الدية ايضا بفوات الشعر كله علم بهذا ان سببهما شيء واحد وهو فوات الشعر ولما كان كذلك يدخل الاقل في الاكثر كما اذا قطع الكف مع الاصابع حيث يدخل موجب الكف (وهو)

بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا *

قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به **قال** وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة

وهو حكومة العدل في ارش الاصابع وفي المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه باعتباره ايضا *

قوله بسبب واحد وهو فوات الشعر بالشج **قوله** وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل فيدخل ارش الشجة في دية السمع والكلام **قوله** والبصر ظاهر فلا يلحق به اي بذهاب العقل فلذلك لا يدخل ارش الشجة في دية البصر وقال في الايضاح وهذا الفرق لا يتضح وذكر في المبسوط بعد ما ذكر تعلل ابي يوسف رح ولكنا نقول محل السمع غير محل الشجة وكذلك محل البصر وبتفويتهما لا يتبدل النفس وانما يجب الدية لتفويت منفعة مقصودة فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة **قوله** قالوا وينبغي ان يجب الدية في العينين (اي)

لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر

اي قال المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يجب الدية في العينين والارش في الموضحة وقوله قالوا ينبغي ان يجب الدية في العينين اي قال المشائخ على قول ابي يوسف ومحمد رح يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين وانما كرر لفظ قالوا لان الاول في قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني في قولهما *

قوله لهما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا في الموضحة القصاص والدية في العينين **قوله** وله ان الجراحة الاولى سارية الى آخره ابو حنيفة رح يقول هذه جناية وسرايتها وقد تعذر ايجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار اصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع وهذا لان السراية اثر الجناية وهي مع اصل الجناية في حكم فعل واحد والدليل على انه سراية ان فعله اثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام متعاقب من الجناية على البدن وذلك يتحقق في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع اصل النفس اذا مات من الجناية بخلاف النفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من ان يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه او نقول ان ذهاب البصر هنا حصل بطريق التسبب والفعل بقي شجة على ما كانت والاصل في سراية الافعال اذا حدثت لم يبق الاول كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا ولم يبق قطعا وههنا الشجة لا ينعدم بذهاب البصر فكان الفعل الاول سببا الى فوات البصر بمنزلة حفر البئر والسبب لا يوجب القصاص * (قوله)

فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رح يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص

اى يعنى الذى ١٢

قوله فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية يعني اذا صار لايوجب القود يعاقبه اثر ذلك في البداية **قوله** وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع يعني لو قطع اصبعا فاضطرب السكين واصاب اصبعا اخرى خطأ منه اقتص في الاولى دون الثانية لانها قد صارت مقصودة ونحن نسلم انها تصلح مقصودة وانما الكلام في احتمال الاتحاد وذلك عند السراية يكون وقد وجد كذا ذكره فخر الاسلام في الجامع الصغير وفي الايضاح بخلاف ما اذا انسل السكين الى اصبع اخرى لان القطع في الاخرى ليس من اثر الفعل الاول بل الفعل حله مقصودا فينفرد بحكمه **قوله** لانه ليس فعلا مقصودا اي لان ذهاب العينين بالسراية في مسئلة الشجة ليس فعلا وراء الشجة فيكون السراية صفة الشجة فيكون الفعل واحدا ولا كذلك ههنا لان قطع الاصبع الاخرى فعل غير الاول او يكون معنى قوله لانه ليس فعلا مقصودا ان قطع الاصبع الاخرى لايقصد من الاولى اذ الخطأ لايقصد من العمد فلا يمكن ان يجعل الثاني تتمة للاول ونهاية له فلا يورث الشبهة في الاول لكونهما فعلين متغايرين منفصلا احدهما عن الآخر من كل وجه بخلاف السراية لانها قد يقصد بالفعل فامكن ان يجعل تتمة الفعل ونهاية له فيورث السراية شبهة في اولها **قوله** والوجه من الجانبين قد ذكرناه اي في قوله ومن شج رجلا موضحة فذهب عيناه الى آخره *

(قوله)

بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الاترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص فلا على رواية بن سماعة رح ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم

قوله بخلاف الخلافية الاخيرة وهي قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى **قوله** كما لو آلت الى النفس اي آلت الجراحة وسرت الى النفس اي قطع اصبع رجل عمدا فسرى ومات يجب القصاص **قوله** ظلما اي عمدا قوله الاترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ايضاح لما ان ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان المعتبر ذهاب العينين في اثبات موجبه دون الشجة كما اذا سرى الموضحة الى النفس لا يبقى الموضحة معتبرة حتى لا يجب موجبها بل المعتبر هو الجناية على النفس **قوله** فهو على الروايتين هاتين يعني يقتص منه على رواية ابن سماعة عن محمد رح وعلى الرواية المشهورة لا قصاص كما لو كسر بعض السن فسقطت **قوله** وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة عدل اي فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانها اخرى تجب حكومة العدل لمكان الالم الحاصل اي يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة كذا نقل عن ركن الائمة الصناعي رح * (قوله)

فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمس مائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا انبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه

قوله فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به قال شيخ الاسلام وهذا اذا لم يعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال والغالب ان لا يعود الى تلك الحالة لان المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق في الغالب فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة واما لو تصور عود الجمال والمنفعة بالانبات لم يكن على القالع شيء كما لو نبتت السن المقلوعة كذا في الذخيرة **قوله** ولهذا يستأني حولا اي يؤجل سنة بالاجماع ثم هذه الرواية تخالف رواية التتمة وفيها ان في سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول وهو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا انه قبل البرء لا يقتص ولا يوخذ الارش لانه لا يدرى عاقبته وفي الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأني حولا وفي المجرد عن ابي حنيفة رح انه اذا نزع سن انسان ينبغي للقاضي ان يأخذ ضمينا من القالع ثم يؤجله سنة من يوم النزع فاذا مضت السنة ولم ينبت اقتص منه قال هشام قلت لمحمد رحمه الله في من ضرب سن رجل فسقط اينتظر بها حولا لعلها تنبت قال لا فقلت اقال واحد من اخوانك ينتظر قال لا انما ذلك اذا تحركت * (قوله)

فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فيما سقط بضربه فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص

قوله فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه اي قال المضروب سقطت من ضربك فقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا لان التأجيل ما كان الا ليظهر اثر فعله في تلك المدة فكان من ضرورة اعتبار الاجل ان يعتبر قول المضروب اذ لو لم يعتبر لم يكن مفيدا واما بعد مضي الحول فقد انتهى وقت ظهور الاثر فالمضروب يدعي على الضارب ان السقوط من اثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله **قوله** وسنبين الوجهين بعد هذا اي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم والموعود بعد هذا وهو قوله سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رح ارش الالم لان الشين وان زال فالالم الحاصل ما زال **قوله** ولكنها اسودت يجب الارش وفي الذخيرة ثم ان محمدا رح اوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى او من العوارض التي ترى قالوا ويجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى فان فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا وان لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة العدل لان منفعته قائمة وجماله ليس بظاهر فهو كتندوة الرجل فيجب فيه حكومة عدل وان كان من العوارض التي ترى يجب كمال الارش وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا ظاهرا على الكمال * (قوله)

لماذكرنا وكذا الواحمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابويوسف رح عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا

(اصفر قيمته) و ابيض

قوله لماذكرنا وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه قوله وكذا الواحمر او اخضر اي لا قصاص بل يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله وان اصفرت روى ابويوسف رح عن ابي حنيفة رح ان فيها حكومة عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد عن ابي حنيفة رح انه قال في الحر لا يجب شيء وفي المملوك حكومة عدل وعند محمد رح فيهما حكم عدل وهو قول ابويوسف رح لان الجمال على الكمال في بياض السن فبالصفرة انتقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب في المملوك حكم عدل فكذا في الحر ولابي حنيفة رح ان الصفرة من الوان السن فلا يكون دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل فوته والمطلوب بالسن في الاحرار المنفعة وهي قائمة بعد ما اصفرت وفي المملوك المالية وقد ينقص المالية بالاصفرار كذا قرره في المبسوط قوله فصار كانه اخذ ذلك من ماله لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله فيرجع عليه قوله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم هذا جواب عن قولهما وهو قوله فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقوله انما لزمه اجرة الطبيب بفعله وحاصل الجواب ان تحمل الالم من المنافع عند ابي حنيفة رح وكذلك معالجة الطبيب والمنافع انما تتقوم بالعقد كما في عقد الاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او شبهته كما في عقد الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد احدهما في حق الجاني فلا يغرم شيئا ولا قيمة لمجرد الالم الا ترى انه لو ضربه ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه لا يجب شيء ارأيت لو شتمه شتمة لكان عليه ارش باعتبار ايلام حل بقلبه * (قوله)

قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية و سقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يبطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع *

قوله ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب وانما قيد بقوله فجرحه لانه اذا لم يجرح في الابتداء لا يجب عليه شيء بالاتفاق كذا ذكره الامام الكسائي وقاضيخان **قوله** ثم قتله اي خطأ **قوله** لان الجناية من جنس واحد اي من حيث انها خطأ **قوله** وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا **قوله** الحديث ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وقوله ولا عبدا اي لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فيما دون النفس لان اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا يتحمل الجنايات المالية حتى لو قتل عبد انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك بها مسلك الاموال وقد قيل ان المراد منه ان العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع او الفداء دون عاقلة المولى كذا في الاوضح **قوله** لانه مال وجب بالقتل ابتداء اي لا بمعنى يحدث بعد القتل كالصلح على المال * (قوله)

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالةً لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهو في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة **قال** وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله

قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين فان قيل لما وجب المال يجب غسله لان وجوب المال يمنع الشهادة قيل وجب القصاص ههنا لانه عمد الا انه تعذر استيفاؤه لشرف الابوة فوجب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل حكم المبدل وقال القاضي الامام ابو زيد رح يجب القصاص على الصبي كما يجب عليه اروش الجنايات وضمان المتلفات الا انه سقط لكونه مظنة للمرحمة **قوله** لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل لان الآدمي مالك مُبتَذِل والمال مملوك مُبتَذَل فلا يتماثلان **قوله** لا سيما الى زيادة المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية الا ترى ان في العرف يشترى الشيء بالنسيئة باكثر مما يشترى بالنقد فايجاب المال بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع معنى كذا في المبسوط **قوله** ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا اي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف تبع القدر **قوله** لما روينا وهو قوله عم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا **قوله** وقال الشافعي رح عمده عمد اي عمد كل واحد منهم * (قوله)

ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب يستره لانهما مرفوعا القلم والله اعلم *

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رح

قوله ولهذا تجب الكفارة به اي بهذا القتل وقيل اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا ان التكفير بالصوم لا يجب **قوله** على اصله اي ثبت الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي رح لانهما يتعلقان بالقتل والله اعلم *

فصل في الجنين

قوله ففيه غرة وهي نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير والبخت والعبد والامة الفارهة كذا في المغرب وفي مبسوط شيخ الاسلام سمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد نسمي غرة وقيل لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لان اول شيء يظهر منه الوجه * (قوله)

وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس فلهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل مادون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ماروي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة

قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم قيل معناه لما كانت خمس مائة درهم وقيل هذا احتراز عن جنين الامة اذا كانت لا تبلغ خمسمائة درهم لكن هذا القيد انما يفيد اذا وجب غرة جنين الامة على العاقلة عند بلوغها خمسمائة درهم وما يجب في جنين الامة هو من مال الضارب مطلقا كذا في الايضاح والذخيرة فلا يفيد القيد ح هذه الفائدة **قوله** لانه بدل الجزء اي جزء للام ولهذا لا يصلى عليه ولا يسمى ولا يرث **قوله** ولهذا اسماه رسول الله عليه السلام دية حيث قال دوه اي ادوا ديته سمى الواجب في بدله دية وهو اسم لبدل النفس فان امرأة ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله عليه السلام فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقالوا اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام سجع كسجع الكهان قوموا فدوه **قوله** الا ان العواقل لا تعقل مادون خمسمائة يعني انه عليه السلام لما سماها دية وهي بدل النفس كان ينبغي ان يتحملها العاقلة وان كان دون خمسمائة لان بدل النفس يتحمله العاقلة اقل او اكثر الا ان الغرة بدل الجزء من وجه فلهذا لم يتحمله العاقلة اذا لم يبلغ خمسمائة **قوله** لان بدل العضو اذا كانت ثلث الدية او اقل (او اكثر)

بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما رويناه ولان في غير الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية فى الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شئ فى الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة فى الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب فى الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل*

او اكثر من نصف العشر اكثر بالنصب على البدل من اقل هو الصحيح لكن التقريب انما يتأتى ان لوكان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له الا انه لما كان اكثر من نصف العشر مؤجلا سنة نا ولى ان يكون نصف العشر مؤجلا بها *

قوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين كما لو اشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين **قوله** لتفاوت معاني الآدمية اي فى المالكية وفى الايضاح ان تفضيل بدل الذكر على بدل الانثى باعتبار تفاضل ما بينهما فى المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الآدمية وهذا المعنى مؤثر فى التفاوت فى البدل وهذا المعنى معدوم فى الجنين لانه لا مالكية فى الجنين فاذا لم يتفاوتا استويا فى البدل وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو (والانثى)

قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لوكان حيا وعشر قيمته لوكان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها

والانثى في معنى النشو يساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا اجوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور *

قوله وفي جنين الامة اى الذي لا تحمله من مولاها ولا من المغرور لان الحمل من احدهما حر فتجب الغرة ذكرا كان او انثى **قوله** اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لوكان حيا او عشر قيمته لوكان انثى بيان هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيأته لوكان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فاذا ظهر قيمة الكل بعد هذا ان كان ذكرا فوجب نصف عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته ولو ضاع الجنين ولم يمكن تقويمه باعتبار لونه وهيأته على تقدير انه حي ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الامة المضروبة كان القول قول الضارب لانكاره الزيادة كمن قتل عبدا خطأ ولم يشاهده القاضي قبل قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لوكان حيا ووقعت المنازعة بين صاحب القتيل والقاتل يجعل القول قول القاتل مع اليمين كذا هنا فان قيل ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وانوثته فما ذا يجب قلنا نأخذ بالمتيقن كمن قتل عبدا خطأ والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن كذا هنا كذا فى الذخيرة **قوله** لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان حتى انه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب كما لو قلع سنا فنبت مكانه آخر لم يجب شيء وههنا يجب بدل الجنين وان لم يكن فى الام نقصان دل ان وجوبه باعتبار معنى النفسية **قوله** ولا معتبر به اي بظهور النقصان في ضمان الجنين بدليل انه يجب ضمان الجنين وان لم يظهر في الام نقصان *

وقال ابويوسف رح يجب ضمان النقصان لوانتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على مانذكره ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على اصله فان ضربه فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رح تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى **قال** والكفارة في الجنين وعند الشافعي رح تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما رويناه ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك

قوله وقال ابويوسف رح يجب ضمان النقصان لوانتقصت الام وفي المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد رح وهو الظاهر من قول ابي يوسف رح وعنه في رواية انه لا يجب الا ضمان نقصان الام ان تمكن فيه نقص فان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة لان الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت **قوله** فنظرنا الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا بحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا بحالة التلف ولا يقال ان هذا اعتبارا بحالة الضرب فقط لان الواجب في تلك الحالة قيمته حيا ايضا لانا نقول جاز ان لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا فهناك بل تجب الغرة **قوله** ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة والزجر انما يكون بشيء فيه عقوبة حتى انها تأدى بالمال والمال شقيق الروح فكان ازالة المال منه بمنزلة ازالة الروح ومن وجه عبادة لتأديته بالصوم * (قوله)

فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا وميزابا وجرصنا وبنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك *

قوله فكذا في حق هذا الحكم وهو وجوب الغرة والمرأة اذا ضربت بطن نفسها او شربت دواء ليطرح الولد متعمدة او عالجت فرجها حتى اسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بغير اذن الزوج وان فعلت باذنه لا يجب شيء كذا في الصغرى والله اعلم *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قوله ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا وميزابا وجرصنا الكنيف المستراح الجرصن دخيل اي ليس بعربي اصلي قد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء تركب في الحائط وعن الامام البزدوي رح جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه كذا في المغرب وفيه العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة اي من شقها لا من صميمها ومراد الفقهاء بعد العصبات وقيل المراد بالعرض ههنا ابعد الناس في المنزلة اي اضعفهم وارذلهم وذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير الجرصن البرج الذي يكون في الحائط ثم الكلام في المسئلة في ثلثة مواضع احدها انه هل يحل احداث هذا في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في الدفع والثالث في ضمان ما يتلف بهذه الاشياء اما في الاحداث قال شمس الائمة السرخسي رح في شرح هذا الكتاب فان كان الاحداث يضر باهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه ما لم يمنع منه لان الطريق معد للتطريق وهو حق العامة (و)

قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه به

وفي احداث شئ فيما هو حق العامة يعتبر الضرر عملا بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فنيما يتمكن فيه الضرر هو اسم في الاضرار بغيره وفيما لا يتمكن فيه الضرر يترفق بالمباح ولا يضرور وربما ينتفع به غيره فالمار ينتفع به من حيث انه يندفع به الثلج والحر والبرد وقال الفقيه ابو الليث رح وهذا نظير رجل له على غيره دين فان طالبه صاحب الدين بقضائه لا يسعه ان يؤخره دفعا للضرر عن صاحب الدين وان لم يطالبه كان في سعة من تاخيره وعلى هذا لو قعد الرجل في الطريق يبيع ويشتري ان كان الطريق واسعا لا يتضرر الناس بقعوده جاز له ان يقعد وان كان فيه ضرر بالناس لا يجوز له القعود فاما في الخصومة فقال ابو حنيفه رح لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضررا ولم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون حقا للعامة الى الامام لتسكين الفتنة فالذي يضع بغير اذن الامام يفتات على رأي الامام فيه فلكل احد ان ينكره عليه وعلى قول ابي يوسف رح لكل احد قبل الوضع ان يمنعه منه لا بعد الوضع لان قبل الوضع لكل احد يدفيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتا وعلى قول محمد رح ليس له ان يخاصم بالمنع ابتداء ولا بالدفع انتهاء اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام فيه بخلاف ما لو كانت السكة غير نافذة فانه ممنوع من احداثه شرعا وان لم يكن يتضرر به اهل السكة لانه كالمملوك لهم وفي الملك المشترك لا يعتبر الضرر وعن ابي القاسم الصفار انه قال انما يلتفت الى خصومته اذا لم يكن له مثل ذلك اي من الجرصن وغيره فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يبدأ دل انه متعنت وليس بمحتسب ولا يقضى عليه بالهدم بخصومة العبد والصبيان المحجورين لان خصومة المحجور (لا)

اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام

قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفى الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما*

لا يعتبر في ماله وكذلك في مال غيره وان خاصمه ذمي يقضي عليه بالهدم لان للذمي حقا فى الطريق وهذا اذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه فان بنى شيئا للعامة كالمسجد ونحوه ولا يضر بالمسلمين لا ينقض كذا روي عن محمد رح واما الضمان فنقول الذي اخرجه ضامن لما تلف به لانه متعد فى التسبيب الى الاتلاف من حيث انه شغل بما صنع طريق المسلمين فيضمن كما لو حفر بيرا على قارعة الطريق لكن المتلف ان كان آدميا فالضمان على عاقلته وان جرح انسانا ان بلغ ارشه ارش الموضحة يجب على العاقلة واذا كان دونه يجب في ماله وان اصاب مالا فاتلفه فضمانه في ماله *

قوله اذ المانع متعنت اي المانع من الانتفاع والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولا لغيره قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام اي لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء لان الضرر يكون بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرر من اثنين بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك كذا فى المغرب والضرر فى الجزاء هو ان يتعدى المجازي على قدر حقه فى القصاص او غيره الدرب الباب الواسع على السكة والمراد به في قوله زقاق او درب غير نافذ السكة الواسعة نفسها كذا فى المغرب **قوله** لانها مملوكة لهم اي الغالب انها مملوكة ذكر الامام الكسائي رح الا ان باذن جميع اهل الدرب لانها مملوكة لهم هذا هو الغالب وفى الجامع الصغير لفخر الاسلام رح المراد بغير النافذة (المملوكة)

قال واذا اشرع في الطريق روشنا وميزابا ونحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة او عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة

المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة ولكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه الروشن الممر على العلو وهو مثل الزق كذا في المغرب وقيل الروشن الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور *

قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان اي فعطب وفي بعض النسخ وكذا اذا اعطب بنقضه اي انسان فالدية على عاقلة من اشرع الروشن او غيره **قوله** او عثر بذلك اي بالنقض رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما اي فضمانهما على من اشرع الروشن او غيره **قوله** اعتبارا للاحوال اي للحالين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف وفي فتاوى قاضيخان وان لم يعلم ايهما اصابه في القياس لا شيء عليه لوقوع الشك في الضمان وفي الاستحسان يضمن النصف * (قوله)

وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لفسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته

قوله وبرئ اليه منها اي برئ مما يحدث منه وهذا التبري لا ينفعه لانه يبرء من ضمان يجب عليه وتبرء الانسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل وان كان بعد سبب الوجوب **قوله** فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب وكذلك فى الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح و بالبيع لم يزل هذا الشغل فبقيت جناية على حالها فان قيل المشتري جان ايضا بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعا قلنا المشتري غير مباشر ولا مسبب لانعدام الفعل منه وانما صار تاركا معروفا فلا يضمن كمن رأى اعمى يقع فى البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات او رأى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام فلم يدفعه اليه حتى مات او وضع رجل حجرا فى الطريق فمر به انسان وامكنه الرفع كان عليه ان يرفع وان لم يرفعه حتى عثر به انسان ومات لا ضمان عليه لما انه غير مباشر ولا مسبب **قوله** ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه اي لو حركت الريح عين الجمر وانما قيد به لان عند بعض اصحابنا ان الريح اذا هبت بشررها فاحرقت شيئا فالضمان عليه في ذلك لان الريح انما ذهبت بشررها ولم يذهب بعينها فالعين باق في مكانه فكانت الجناية باقية فكان ضمان ذلك عليه **قوله** وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رح وكان شمس الائمة الحلوائي رح لا يقول بالضمان من غير تفصيل كذا فى الذخيرة **قوله** قد افضى اليها اي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع الى موضع لانه كان عالما به بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها كذا في المبسوط *

(قوله)

ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم

قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الى آخره قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء ابنوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة حتى بنوا جناحا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان على الاجراء يرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ عن العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر رجل غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر كذا هذا وان قال المستأجر للاجراء اشرعوا لي جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح او لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء لم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس لان المستأجر امر الاجراء ما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكما لو استأجر ليبنوا له بناء في وسط الطريق ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه مباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من (العمل)

فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء فى الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر الماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر فى المرور وكذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا

العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل فلذلك كان اظهار شبهة الصحة بعد الفراغ اولى من اظهاره قبل الفراغ كذا ذكره الامام المحبوبي *

قوله فالضمان على رب الدار استحسانا وفى القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك فى الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر امره فيما له ان يفعل بنفسه

قوله بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة يعني لو صب الماء او رشه او توضأ في سكة غير نافذة فعطب به انسان ينظر ان فعل ما ليس من جملة السكنى كحفر البئر لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه وان فعل شيئا من جملة السكنى كما اذا وضع خشبه او توضأ او قعد او وقف دابة فعطب به انسان فالقياس كذلك وفى الاستحسان لا يضمن شيئا لان الطريق في سكة غير نافذة مملوك لاهل السكة مشترك فيما بينهم فكان الجواب (فيه)

واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر*

قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام

فيه كالجواب في الدار المشتركة فالجواب في الدار المشتركة انه اذا احدث احد الشركاء حدثا بغير اذن شركائه على التفصيل الذي ذكرنا كذا ههنا بخلاف ما اذا كانت السكة نافذة*

قوله واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته الى قوله يجب الضمان على الآمر استحسانا هذا اذا لم يكن الفناء مملوكا للمستأجر الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها كذا في المغرب وذكر الامام التمرتاشي رح الفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء لانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فنائه اذا كان لا يتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره في ذلك ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة البالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة ذكرها في الصحاح الافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت بمعنى السبق وفي حديث عبد الرحمن بن ابي بكر (١)

او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا لو حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له

امثلي يفتات عليه في بنائه مبنيا للمفعول اي لا يصلح امره بغير اذني كذا في المغرب * **قوله** او هو مباح مقيد بشرط السلامة لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة وفي شرح الاقطع وقد قالوا لو قعد في الطريق ليستريح او لمرض اضعفه فعثر به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة كما ان الله تعالى اباح الرمي الى الصيد ولو رمى الى صيد فاصاب آدميا او شاة ضمن فاعتبر فيه السلامة فكذلك ههنا **قوله** وكذا الجواب على هذا التفصيل وهو انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر واحد يضمنه **قوله** مما ذكرناه اي من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب او الجرصن او غيرها الى الطريق الاعظم وكذلك اشراع الروشن وحفر البئر في طريق المسلمين **قوله** وغيره وهو كبناء الظلة وغرس الاشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع وهذه الاشياء غير مذكورة وقد ذكرها الامام التمرتاشي **قوله** او كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر بالمارة او اذن له الامام **قوله** وغما اي اختناقا بالعفونة وفي الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر **قوله** لانه مات لمعنى في نفسه اي صار كانه مات حتف انفه لا بسبب الوقوع في البئر وفي المبسوط وابو حنيفة رح يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحفر اذا هلك بسبب الوقوع فيجعل الحافر كالدافع فاما اذا طرأ عليه سبب آخر هو سبب لهلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه او الغم الذي اثر في قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه * (قوله)

لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استأجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه * **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب

قوله لانه لا سبب للغم سوى الوقوع لانه اثر جعل الارض عميقا وهو من آثار حفره فان البئر ينبعث منها العفونة فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر واما الجوع فله سبب آخر سوى الوقوع وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام **قوله** لولاه لكان الطعام قريبا منه والحافر متعد في ذلك السبب اذ الحكم تارة يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة وكذلك يضاف الى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة **قوله** لان الاول تعد هو تسبيب وهو بناء القنطرة ووضع الخشبة وانما سمي بناء القنطرة تعديا لان الذي جعل (١)

والثاني تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع
النسبة كما في الحافر مع الملقي ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان
فهو ضامن وكذا اذا سقط فعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن
وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد
بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا
وعن محمد رح انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه *

قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به
رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل واحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة
كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رح وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق
بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار
الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل
غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق

القنطرة فوت حقا على غيره فان التدبير في موضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين
المكان والضيق والسعة للامام فكانه جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد كذا في مبسوط شيخ الاسلام *

قوله والثاني تعد هو مباشرة لانه اذا تعمد المرور بان كان بصيرا او يجد موضعا آخر
للمرور صار متعديا فينسب التلف اليه دون المسبب وصار كانه اتلف نفسه فاما اذا لم يتعمد
بان كان اعمى او رليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن
قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن **قوله** يشتمل الوجهين وهما تلف
الانسان بوقوع ذلك الشيء المحمول عليه وتلف الانسان بالتعثر بذلك الشيء المحمول
بعد ما وقع في الطريق **قوله** وعن محمد رح اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل اي لبس ثوبا
زيادة على قدر الحاجة يضمن اذا سقط منه وعطب به انسان لانه لا يعم به البلوى * (قوله)

كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا و الطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله *

قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مار او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده *

قوله كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا فان شهادته من حيث انها شهادة في حقوق الله تعالى حسبة كانت او قربة ولكن من شرط قبول الشهادة في الزنا ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فاذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفا فيجب حد القذف على الشاهد **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مار او قعد فيه لحديث فهو على هذا الخلاف وذكر شمس الائمة السرخسي رح في الجامع الصغير والصحيح من الجواب على قول ابي حنيفة رح انه اذا كان الجالس منتظرا للصلوة فانه لا يكون ضامنا لما يعطب به لقوله عم المنتظر للصلوة في الصلوة ما دام ينتظرها وانما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه او الحديث او قراءة القرآن وذكر في الذخيرة واما (اذا)

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لاصنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر

اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس وتعليم الفقه او الاعتكاف او قعد بذكر الله وتسبيحه اولقراءة القرآن فعثر به انسان فمات هل يضمن على قول ابي حنيفة رح قال بعضهم يضمن واليه ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله الجرجاني فاما اذا كان يصلي فعثر به انسان فانه لا ضمان عليه سواء يصلي الفرائض او التطوع لان التطوع يصير فرضا بعد الشروع قال الفقيه ابو جعفر رح في كشف الغوامض سمعت ابا بكر البلخي ان جلس لقراءة القرآن او معتكفا في المسجد لا يضمن عندهم جميعا وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير ان جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالاجماع لانه غير مباح وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان لا يضمن في الصحيح لان المساجد اعدت لصلوة العامة من غير خصوص فكان لكل واحد ان يصلي فيه وحده وانما المفوض الى اهل المسجد امر الصلوة بالجماعة *

فصل في الحائط المائل

قوله والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رح **قوله** لانه لاصنع منه مباشرة اي لانه (لم)

وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من الاثبات عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي **قال** ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم

لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف وهو متعد فيه وصورة الطلب ان يقول ان حائطك هذا مائل فاهدمه وفي المنتقى رجل له حائط مائل فقال له آخر اهدم هذا الحائط فانه مائل فهذا اشهاد عليه ولو قال له ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس باشهاد عليه بل هو مشورة ويشترط لصحة التقدم والطلب ان يكون التقدم والطلب الى من له ولاية التفريغ لان الفعل انما يطلب من القادر حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض الحائط حتى سقط على انسان لا ضمان على احد اما على السكان فلان التقدم اليهم لم يصح واما على المالك فانه لم يتقدم اليه وكذلك يشترط ان يكون التقدم والطلب من صاحب الحق والحق في طريق العامة للعامة فيكتفى بطلب واحد من العامة وفي السكة الخاصة الحق لاصحاب السكة فيكتفى بطلب واحد منهم ايضا وفي الدار شرط طلب المالك وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ الى وقت السقوط *

قوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كما في الرمي الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس * (قوله)

لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لابد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي

قوله لان هذه ليست بشهادة على القتل لان الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل **قوله** ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي وفي شرح الاقطع وكذلك لو طالبت به امرأة او صبي او رجل غريب من بلد آخر لان جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم وفي شرح الطحاوي لو كان الحائط مائلا الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى الناس مسلما كان او ذميا بعد ان كان حرا بالغا عاقلا او كان صغيرا اذن له وليه بالخصومة فيه او كان عبدا اذن له مولاه بالخصومة فيه **قوله** بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح فان قيل (في)

والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين اولم يكن لان ولاية النقض له ثم التألف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده

في الطريق ينبغي ان يصح التأجيل والاسقاط من واحد في حقه حتى اذا سقط الحائط على هذا المؤجل او ولي له او مال له كان ينبغي ان لا يجب الضمان لانه له ولاية اسقاط حق نفسه قلنا حقه في الطريق الاعظم غير معلوم ولا يحتمل الاسقاط وهو لا يحتمل الوصف بالتجزي حتى يسقط في حق البعض دون البعض وحقه في الطريق المرور فيه وهو لا يحتمل الاسقاط حتى لو قال اسقطت حقي فلا امر في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل اسقاطه ولان هذه شركة عامة ولا عبرة بها في نفاذ التصرف الا ترى ان تصرف واحد من المسلمين في مال بيت المال لا ينفذ في حقه ولا في حق غيره لكون الشركة عامة كذا ههنا وانما يصح من الواحد طلب التفريغ والاشهاد باعتبار ان الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة ولهم في الاشهاد منفعة اما في التاخير ضرر فلا يقوم الواحد فيه مقامهم *

قوله والى اب اليتيم اي الى اب الصبي **قوله** والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي وفي المبسوط واذا تقدم الى اب الصبي او الوصي في نقض الحائط فلم ينقضه حتى سقط فاصاب شيئا فضمانه على الصبي لان الاب والوصي يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط **قوله** ثم التألف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد حتى يباع العبد فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على (المولى)

لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضاء الشريكين الآخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رح

المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك في التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه. لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط *

قوله لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي هذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فهو ان لا يضمن واحد من الورثة اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يفد التقدم فائدته في حقه فان واحدا منهم كما لا يتمكن من بنائه لا يتمكن من نقضه ايضا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يكن واحد منهم متعديا في ترك التفريغ فاما جواب الاستحسان فانه يضمن هذا الذي اشهد عليه بحصته فيما اصابه لانه كان متمكنا من ان يطلب شركاءه ليجمعوا على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر والضرر مدفوع كذا في المبسوط **قوله** ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه حائط مائل اشهد عليه فوضع صاحب الحائط او غيره عليه جرة فسقط الحائط ورمى بالجرة على انسان فقتله فالضمان على صاحب الحائط ولو عثر بالجرة او بنقضها احد ان كانت الجرة لغير صاحب (الحائط)

وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت اوكبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم *

الحائط فلا يضمن احدا اما صاحب الحائط فلان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على الجرة واما صاحب الجرة فلانه لم يوجد الاشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها *

قوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين اي في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلثة نفر وقيل جواب ابي حنيفة رح فيما اذا مات القتيل بثقل الحائط وابويوسف ومحمد رح لا يخالفانه في ذلك وجوابهما فيما اذا مات بسبب الجرح بان جرحه الحائط وابو حنيفة رح يوافقهما في ذلك **قوله** وهو الثقل المقدر اي في الحائط والعمق المقدر اي في البئر **قوله** لان اصل ذلك ليس بعلة اي القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء علة فيعتبر الكل علة واحدة فيضاف الحكم اليها ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت اوكبرت الا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على بعضها فلما اضيف التلف الى الكل وبعض الجراحات معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل الذي هو غير معتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احد النصفين واهدر الآخر وهذا لانه اذا لم يصلح البعض لاضافة الحكم اليه وصلح لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت المزاحمة في قطع النسبة وان لم يظهر في حق استحقاق الحكم والله اعلم * (باب)

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما اوطأت الدابة وما اصابت بيدها او رجلها او رأسها اوكدمت اوخبطت وكذا اذا صدمت ولايضمن مانفحت برجلها اوذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قوله الراكب ضامن لما اوطأت الدابة الصحيح وطئت لانك تقول اوطأت فلانا الدابة فوطئت الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم هوان تضرب الشيء بجسدك ومنه الكلب اذا قتل الصيد صدما لايؤكل واصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه يقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها كذا في الصحاح والمغرب وقوله الراكب ضامن لما اوطأت الدابة الى قوله اوكدمت اوخبطت وكذا اذا صدمت، يريد به اذا كان الراكب يسير في طريق المسلمين لانه اذا كان يسير في ملكه ان وطئت بيدها او برجلها يضمن وان كدمت اونفحت بيدها او برجلها او ضربت بيدها فلاضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة تصل بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا ولهذا يجب على الراكب الكفارة اذا وطئت الدابة برجلها او بيديها ويحرم عن الميراث والمباشر ضامن سواء كان متعديا اولم يكن اما اذا لم يكن صاحب الدابة راكبا عليها بل كان سائقا او قائدا لها فصاحب الدابة مسبب لانه لم يتصل ثقله بالمتلف والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا وهو ليس بمتعد بتسيير الدابة في ملكه واما اذا كانت جناية الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين اما ان دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بان كانت منفلتة وفي هذا الوجه لاضمان على صاحبها واما ان دخلت بادخال صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في الوجوه كلها سواء كانت واقفة او سائرة وسواء كان صاحبها معها يسوقها او يقودها او كان راكبا اولم يكن معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون اذن المالك **قوله** وما اصابت بيدها (او)

لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس مما يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلا يتقيد به *

او رجلها او رأسها تفسير لقوله اوطأت الدابة *

قوله لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه جواب لسوال ذكر في الذخيرة وغيره مع هذا الجواب وهو فان قيل هو غير متعد في هذا التسبيب فان له ان يمر في طريق المسلمين كما في ملكه ولو مر عليها في ملكه فاتلف شيئا بهذه الوجوه لم يضمن بها فيجب ان لا يضمن ههنا ايضا قلنا الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور مباح له فيه ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف فوفرنا على الشبهين حظهما فيما كان مسببا للاتلاف فقلنا اذا كان شيئا يمكنه حفظ الدابة و التحرز عنه يعتبر فيه متعديا وذلك كالكدم و الوطيء باليد و الرجل في حق القائد والراكب لان ذلك يكون بين عينه فجعل في هذه الاشياء طريق المسلمين ملحقا بملك الغير وقلنا اذا كان شيئا لا يمكن حفظ الدابة و التحرز عنه لا يعتبر فيه متعديا وذلك كالنفحة بالرجل والضرب بالذنب لان كل ذلك يكون وراء الراكب وجعل في حق النفحة والضرب بالذنب في حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقا بملكه واما السائق هل يضمن اختلف المشائخ فيه **قوله** لما فيه من المنع عن التصرف يعني انا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكنه التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة ان يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه فاما ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك لا يمنع عليه استيفاء حقه وانما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء كذا في المبسوط * (قوله)

في *

فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكن التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه من النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعري عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها وبولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري رح في مختصره واليه مال بعض المشائخ رح ووجهه ان النفحة

قوله وان اوقفها وفي المغرب ولا يقال اوقفها الا في لغة رديئة قوله والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب اي في موجب الجناية قوله لان المعنى لا يختلف وهو معنى المباشرة وتصرف الدابة في التسيير على ما اراد وفي المبسوط والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان سواء لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا قوله ثم هو اكثر ضررا بالمارة اي للايقاف اكثر ضررا بالمارة من السير لان الايقاف ادوم من التسيير وربما يكون مانعا لغيره من المرور فيكون فوق المرور فلا يلحق به بدلالة النص قوله والمراد النفحة اي من قوله لما اصاب بيدها او برجلها وانما قيد التفسير بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصاب بيدها او رجلها الوطي ولا خلاف لاحد انه يضمن فيه السائق والقائد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسره لهذا لكان للمأول ان يأول ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك قوله واليه مال بعض المشائخ اي مشائخ العراق *

بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشائخ ان السائق لايضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكان كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ماذكرناه وقوله عم الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما وطئته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لايضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى

قوله بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه اي بابعاد الدابة عن المتلف او ابعاد المتلف عن الدابة وقال اكثر المشائخ ان السائق لايضمن النفحة ايضا وهو الصحيح **قوله** والحجة عليه ماذكرناه وهو قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقوله عليه السلام الرجل جبار اي هدر معطوف على قوله ماذكرناه **قوله** وانتقال الفعل بتخويف القتل هذا جواب عن قول الشافعي رح لان فعلهما مضاف اليهم قلنا الاضافة والانتقال انما يكون في الاكراه الكامل وهو التخويف بالقتل او بالقطع لا في الاكراه القاصر وهو التخويف بالضرب وهذا الاكراه قاصر فلا ينتقل اليهم **قوله** لان الراكب مباشر فيه والدليل على انه مباشر من حيث حكم الشرع ان من سار على دابة في ملكه فاوطأت انسانا بيدها او رجلها فقتلته فعليه الدية والكفارة لان الراكب مباشر للقتل (فيما)

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان *

قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية

فيما اوطأت دابته والمباشرة في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب الضمان عليه كالرمي فان من رمى في ملكه فاصاب انسانا كان عليه ضمانه كذا في المبسوط *

قوله وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان ذكر محمد رح في الاصل ان الراكب اذا امر آخر بنخس الدابة فاوطأت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لان الناخس سائق والآمر راكبه فقد تبين بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب **قوله** واذا اصطدم فارسان ذكر الفارس ليس بقيد فالحكم في اصطدام الماشيين وموتهما به كذلك ذكره في المبسوط **قوله** كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه يعني اذا مات بالوقوع في البئر مع ان البئر بنفسها في قارعة الطريق ليست بسبب لموته بل البئر مع المشي اليها سبب للموت والمعنى فيه ايضا هو ان كل واحد منهما مدفوع بصاحبه فكانه اوقعه من الدابة بيده وهذا لان دفع صاحبه اياه علة معتبرة لا تلافه في الحكم فاما قوة المصدوم فلا يصلح ان يكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة (من)

فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رح تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة *

من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر *

قوله فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا فان قيل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة ثبت به الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطت فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل اونقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود النص فلا يصير علة وههنا النص موجود فاذا لم يصر علة يصح الترجيح به اونقول ما روي انه اوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا ايضا **قوله** هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ اي يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ يجب الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب خلا انه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم **قوله** وكذا في العمد لان العمد ههنا بمنزلة الخطأ **قوله** ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول (قيمة)

قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على مامر من قبل فيقيد بشرط السلامة **قال** ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل

قيمة العبد لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد ثم قد تلف العبد الجاني واخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجني عليه وهو الحر لان القيمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد فيأخذ ورثة الحر بجهة كونه مقتولا لا بجهة كون الحر قاتلا ولا يرد على هذا ما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها المقطوع على اليد فان عاقلتها يسقط عنهم الضمان لان عاقلتها كانوا يتحملون عنها فاذا تزوجها المقطوع لو لم يسقط الضمان عن العاقلة لكان الضمان عليهم واجبا لها فلا يصح ان يتحملوا عنها ضامنين لها فاما ههنا فان العاقلة انما يتحملون عن الحر باعتبار كونه قاتلا ثم يأخذه الورثة بجهة كون الحر مقتولا *

قوله بخلاف الرداء يعني اذا كان لابسا رداء فسقط عنه وعطب به انسان او غيره لا ضمان عليه لان اللباس تبع اللابس ولو تعثر اللابس فسقط على الطريق ثم تعثر به انسان لم يكن ضامناله كذا اذا سقط رداءه او منديله لان الانسان لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان يمشي عريانا وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوا **قوله** على مامر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق **قوله** وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اي يمشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر ولا يأخذ بزمام بعير *

واما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه *

قال فان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه *

قوله واما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد قيد التوسط بأخذ الزمام لانه اذا لم يأخذ الزمام فهو سائق للكل او قائد لانه ان كان يكون احيانا وسطها واحيانا يتقدم واحيانا يتأخر ولو كان رجل راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن فيما يصيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه اما في البعير الذي هو عليه لانه راكب واما فيما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان زمام ما خلفه مربوط بعيره وقال بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده واما اذا كان هو نائما على بعيره او قاعدا لا يفعل شيئا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في المبسوط **قوله** والقائد لا يعلم به قيد به ليبتني عليه قوله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه اذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط **قوله** وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء اي القائد والرابط بطريق الشركة اذ كل منهما مسبب اي مع ان كلا منهما مسبب وهذا يوجب الاشتراك في الضمان **قوله** ضمنها القائد اي (بلا رجوع)

قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق **قال** ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه اوجب الضمان في هذا كله صيانة لاموال الناس **قال** رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال

بلا رجوع قال الامام المحبوبي قال الامام الزاهد ابو بكر عبد الرحمن وشمس الائمة الحلوائي رح وهذا اذا ربط الحمل والابل يسير فان ربط والابل واقفة ثم قاد القائد الابل لا شيء على الرابط لان ربط الحمل بالقطار جناية وانها واقفة في الطريق وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد فبرأ عن موجبها كمن وضع حجرا على قارعة الطريق ثم جاء انسان وحول الحجر من ذلك الموضع الى موضع آخر لم يكن على الواضع الاول شيء ان تعقل به انسان لان وضعه الحجر جناية ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنايته بفعل الواضع الثاني فبرأ الاول كذا ههنا* **قوله** ومن ارسل بهيمة يريد بها كلبا وكان لها سائقا اراد بالسوق ان يمشي خلفه **قوله** وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لا يضمن يعني وان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل **قوله** وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب شيئا في فورها فالمرسل ضامن قال الصدر الشهيد رح وعليه الفتوى وفي النهاية وان كان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل بخلاف الدابة حتى قالوا اذا ارسل كلبا ودابة فاصاب في فوره شيئا يضمن في الدابة دون الكلب والطير*

(قوله)

الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا ومالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي *

قال ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار

قوله الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه اي سوى طريق اليمنة او اليسرة بان كان على الجادة ماء او وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال ايضا كما لو لم ينعطف يمنة او يسرة **قوله** وكذا اذا وقفت ثم سارت اي الدابة **قوله** بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد اي الكلب المعلم وامثاله فان هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الارسال حتى حل ما قتله من الصيود ولو انقطع حكم الارسال لما حل كما لو قتله هو بنفسه من غير ارسال فلما كانت وقفة الكلب يحقق مقصود المرسل الذي هو اخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير فلم ينقطع حكم الارسال لذلك **قوله** وهذه ينافي مقصود المرسل اي هذه الوقفة التي هي وقفة الدابة والمراد بها الفرس او البعير وامثالهما ينافي مقصود المرسل الذي هو السير **قوله** وبخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمهما مخالف لحكم اصل المسئلة ثم في قوله وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد الى آخره ذكر الفرق بين الارسالين كما انه في قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق بين الوقفتين وفي الذخيرة والفرق بين ارسال الدابة وبين الكلب والبازي هو ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وامكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير اتباع معه ليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا **قوله** فافسدت زرعا على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا * (قوله)

وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته

قوله وقال محمد رح هي المنفلتة اي العجماء التي اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة احترز بالتفسير عن المرسلة اذا افسدت في فور الارسال **قوله** شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها هذا هو الحكم في كل شاة والقصاب ليس بقيد وكذلك الجزار ايضا ليس بقيد والحكم في كل بقرة وبعير كالحكم في بقرة الجزار وجزوره وهو ربع القيمة في العين الواحدة منهما والنقصان في الشاة وانما وضع المسئلة في بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما معدان للحم فيكون حكمها حكم الشاة **قوله** فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع من حيث اوجبنا المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف فوجب نصف التقدير الواجب عملا بهما وذكر الامام التمرتاشي وقيل لو فقأ الاخرى او فقأهما معا يجب القيمة ان سلم الجثة وفي جامع ابي بكر رح فقأ عيني الدابة فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة وان شاء امسكها وضمن النقصان وهذا لان المعمول في هذا الباب النص والنص ورد في عين واحدة فيقتصر عليه * (قوله)

كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا* **قال** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة* **قال** ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر **قال** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار

قوله كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه اي من الاثر والمعقول **قوله** والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء اي يجب الضمان على الناخس في كل حال لان الوقوف في ملكه ليس بتعد كالسير فيه بخلاف الوقوف في الطريق فانه تعد ولهذا يكون (الضمان)

كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته

الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح انه اذا اوطأت رجلا فالدية على الراكب والناخس نصفين لانه انما تلف بثقل الراكب ووطئ الدابة ووطئ الدابة مضاف الى الناخس فيضمنان *

قوله كما اذا امر صبيا يستمسك قيد الصبي بانه يستمسك على الدابة لانه اذا لم يكن مستمسكا على الدابة لاضمان على احد وفي الذخيرة في فصل القسامة وان كان الصبي ممن لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة وقد حمله الرجل والدابة واقفة ثم سارت فاوطأت انسانا او افسدت متاعا فانه لا يجب ضمان ذلك على الصبي ولا على الذي حمل الصبي على الدابة اما لا ضمان على الصبي لان الصبي اذا كان ممن لا يسير الدابة فسير الدابة لا يكون مضافا الى الصبي فيكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة واما لا يجب الضمان على الرجل لان الرجل لم يسير الدابة واذا لم يعجزان يضاف سير الدابة الى واحد منهما كانت سائرة باختيارها فكانت منفلتة وما اصابت منفلتة فهو هدر **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته اي يدفع بها او يفدي هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب واما اذا نخسه باذن الراكب فلا تخلو اما ان كانت من الدابة نفحة او وطئ ذكر في المبسوط واما اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور او حرا فان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب (نصف)

وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم بالصواب *

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه

نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذ الحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل له وكذلك لو امره بسوق الدابة او بقودها ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا آخر فساق دابته فاوطأت انسانا فقتلت فالدية في اعناقهما نصفين يدفعان او يفديان بمنزلة السائق مع الراكب ولا شيء على الراكب لمولى العبد المأمور اذا كان الراكب محجورا عليه حتى يعتق لان سبب وجوب هذا الضمان استعماله اياه بالقول والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق فاذا اعتق كان عليه قيمة المأمور لمولاه فان كان تاجرا او مكاتبا فهو دين في عنقه لانه مؤاخذ بضمان القول في الحال *

قوله وان كان صبيا ففي ماله قال العلامة النسفي رحمه الله في الكافي يحتمل ان يراد به اذا كانت الجناية على المال او فيما دون ارش الموضحة قلت ويحتمل ان يراد به ان الصبي اذا كان من العجم لانه لا عاقلة للعجم والله اعلم بالصواب *

باب جناية المملوك والجناية عليه

قوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم (نا)

فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال

بالجناية كان مختارا للفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رض مثل مذهبه *

قوله فتجب في ذمته اي في ذمة العبد لان ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبا في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلا لمالية رقبته فيباع فيه الا ان يقضي المولى دينه **قوله** كما في الدين وهو ظاهر على ما قلنا وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ يجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وحجتنا في ذلك ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني اذا امكن الا ترى ان في جناية العمد المستحق نفس الجاني قصاصا حرا كان او عبدا وكذلك في الخطأ الا ان استحقاق النفس نوعان احدهما بطريق الاتلاف عقوبة والآخر بطريق التملك على وجه الجبر والعبد من اهل ان يستحق نفسه بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر في حالة العمد ويكون مفارقا له في حالة الخطأ لان عذر الخطأ لا يمنع استحقاق نفسه تملكا والسبب يوجب الحكم في محله وفي حق الحر لم يصادف محله وفي حق العبد السبب قد صادف محله ويكون مفيدا حكمه وهو ان نفسه صارت مستحقة للمجني عليه تملكا لتحقق معنى الصيانة عن الهدر والطريق الثاني ان الاصل في الجناية على الآدمي ان يباعد عن الجاني الى آخر ما ذكر في الكتاب * (قوله)

الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر *

قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلي بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لاحق له الا في الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه

قوله الا انه يخير اي يخير المولى في اصل المسئلة وهو ما اذا جنى العبد جناية خطأ وهذا استثناء من قوله والمولى عاقلته يعني بالنظر الى ان المولى عاقلته ينبغي ان لا يثبت الخيار للمولى بين الدفع والفداء كما لا يثبت هذا الخيار لسائر العواقل وفرق بين المولى وسائر العواقل بهذا وقال انما يخير المولى ههنا لان التخيير للتخفيف والتخفيف مطلوب في الموضعين غير ان اثر التخفيف ظهر في سائر العواقل بوجه آخر وهو التوزيع والقسمة عليهم على وجه لا يورث الاجحاف لان بهم كثرة فكان تخفيفا واما ههنا فالمولى واحد فاثبات التخفيف فيه انما يثبت باثبات الخيار له **قوله** غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ذكر الامام التمرتاشي رح والصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وفي الاسرار وقد ذكر بعض مشائخنا ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد **قوله** ولهذا يسقط الموجب بموت العبد اي اذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجني عليه حقه من الدفع او الفداء وهذا يدل على ان الموجب الاصلي هو الدفع **قوله** كما في مال الزكوة فان موجب مال الزكوة هو ايتاء (جزء)

لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى *

قال وان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال فان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة تقسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا

جزء من النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول لان الواجب جزء من النصاب فيسقط بهلاكه وان كان لصاحبه حق نقل اداء الزكوة من مال الى آخر بخلاف جناية الحر حيث لا يتعلق الواجب بذمته استيفاء لانه ليس بمال فلم يسقط بموت الجاني كالعبد في صدقة الفطر لما لم يتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاء لا يسقط صدقة الفطر بموته *

قوله لفوات محل حقه على ما بيناه اشارة الى قوله فيران الواجب الاصلي هو الدفع الى آخره قوله فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الاولى اي يقال للمولى ادفعه بالجناية الثانية اوافده كما هو الحكم في الجناية الاولى قوله معناه بعد الفداء انما فسر المسئلة بهذا لانه اذا لم يفده من الجناية الاولى ثم جنى اخرى كان المسئلة عين المسئلة الثانية وهو قوله وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى آخره قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية وهذا بخلاف الرهن فان تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثاني به حتى ان الراهن لومات بعد الرهن وعليه ديون لحقته قبل الرهن اوبعده لا يتعلق سائر الديون به لان الرهن ايفاء حكما والارتهان استيفاء حكما فيعتبران بالايفاء والاستيفاء الحقيقيين ففي الحقيقي لا يبقى تعلق فكذا في الحكمي قوله ومعني قوله على قدر حقيهما (اي)

لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها *

قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك

اي قدر ارش جنايتيهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان تقسم على قدر المعوض كذا في الايضاح *

قوله لان ارش العين اي العين الواحدة **قوله** والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه هذا جواب اشكال وهو ان يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يتمكن المولى من ان يفدي من احدهما وان يدفع الى الآخر كما في الجنايات المختلفة **قوله** فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل الى آخره والاصل في جنس هذه المسائل ان المولى متى احدث في العبد تصرفا يعجزه من الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارا للفداء واذا احدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا وان كان عالما بالجناية **قوله** وحقه في اقلهما الدليل على ان حقه في اقلهما انه ليس له ولاية المطالبة بالاكثر **قوله** وعلى هذين الوجهين البيع والهبة اي كونه عالما وقت التصرف وغير عالم **قوله** بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا اقر الرجل الذي في يده (١)

لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به

العبد الجاني بان هذا العبد الجاني لفلان لا يصير مختارا للفداء وفي المبسوط ولو ان عبدا في يد رجل جنى جناية فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة عندي لفلان او عارية او اجارة او رهن فان اقام على ذلك بينة اخرت الامر فيه الى ان يقدم الغائب فان لم يقم بينة خوطب بالدفع او الفداء وقال زفر رح هو مختار للدية بمجرد قوله ان هذا العبد لفلان لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مفوتا للدفع مختارا للفداء كما لو اعتقه ولكنا نقول هو بكلامه هذا يزعم انه ليس بخصم في هذه الجناية اصلا واختياره يبتني على كونه خصما فاذا ثبت بالبينة انه ليس بخصم فيه صار اثبات ذلك بالبينة كالاثبات بالمعاينة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع او الفداء ولا معنى لجعله مختارا للدية مع تمكنه من الدفع بالجناية وان فداه ثم قدم الغائب اخذ عبده بغير شيء لان ذا اليد كان اقر بالملك له وقد اتصل تصديقه بذلك الاقرار وقد كان ذو اليد متبرعا في هذا الفداء وانه ما كان مجبرا عليه فلا يرجع بشيء منه على المقر له وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء امضى ذلك وان شاء اخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار فيثبت الملك له وتبين انه كان له الخيار *

قوله لجواز ان الامر كما قاله اي لجواز ان يكون العبد عبد المقر له فيخاطب المقر له بالدفع الى ولي الجناية **قوله** والحقه الكرخي بالبيع وفي الايضاح وقد اطلق ابو الحسن انه يصير مختارا وهو رواية خارجة عن الاصول **قوله** واطلاق الجواب وهو قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره **قوله** واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري يعني اذا باع (صولى)

بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطئ الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط

ولي العبد الجاني العبد بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارا منه للفداء وفي الايضاح اما على قولهما فلان الملك يثبت للمشتري وعلى قول ابي حنيفة رح ملك البائع يزول وان لم يثبت للمشتري وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع *

قوله بخلاف الكتابة الفاسدة اي يصير مختارا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان هناك لا يكون مختارا للفداء قبل التسليم الى المشتري وفي الايضاح ان موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض **قوله** ولو ضربه فنقصه اي بان اثر الضرب فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية واما اذا كان ضربه وهو غير عالم بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضي ولي الدم ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كان ذلك النقصان حصل بآفة سماوية ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل ان يخاصم فيه لا يكون مختارا للفداء بل يدفع او يفدي لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن ولو خوصم في حالة البياض فضمنه القاضي الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان الخيار قد استحكم بانضمام القضاء اليه **قوله** وان لم يكن معلقا وانما قيد به لاثبات الفرق بين وطئ البكر والثيب لان بوطئ الثيب لا يكون مختارا للفداء ما لم يكن الوطئ معلقا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف رح (١)

ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن فى الاظهر وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين لان
الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين
لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته **قال** ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته
فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رح لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية
ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق
او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث
في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز
فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض حتى
طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد زفر رح
لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع
عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

ان مطلق الوطئ يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فيكون دليلا على امساك العين
وقول زفر رح مثل قول ابي يوسف رح هذا وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس جزء منه *
قوله ولا يصير مختارا بالرهن والاجارة فى الاظهر هذا احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل
انه يكون مختارا للفداء بالرهن والاجارة لانه اثبت عليهما يدا مستحقة فصار كالبيع ووجه
ظاهر الرواية ان الاجارة ينقض بالعذر فيكون حق ولي الجناية فيها عذرا في نقض الاجارة
والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع
بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا **قوله** لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب
الدين في ذمة العبد نقصان للعبد لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه
بديونهم لكن ذلك بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان له ان يمتنع من قبوله
ناقصا **قوله** ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء (ان)

قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل

ان فعل ذلك اي العبد وقال زفر رح لا يصير مختارا وعليه قيمة العبد وفي المبسوط فان كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص فلا شيء على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلذلك لا يلزمه شيء * **قوله** فكان الصلح واقعا بغير بدل فيبطل فان قيل هذا مشكل على قول ابي يوسف ومحمد رح فان عندهما الصلح عن الطرف يكون صلحا عن النفس قلنا الفرق لهما ان الصلح ثم وقع عن القصاص لان القصاص يجري بين الحرين في الاطراف فيكون الصلح حقيقة وههنا الدفع ليس بصلح حقيقة فاذا سرى تبين ان الواجب ليس بدفع فيكون الصلح واقعا بغير بدل فلا يمكن اعتبار ذلك صلحا **قوله** لان اقدامه على العتق يدل على قصده تصحيح الصلح لان العاقل يقصد تصرفه تصحيحه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها فالعقد بينهما صلح عن الجناية وما يحدث منها مقتض للاعتاق فاذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء لانه لم يوجد دلالته **قوله** ولهذا لو نص عليه اي على

وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فان العبد صلح بالجناية الى آخره اذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد إشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح منها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل *

قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع الى الاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة

على ان يكون العبد صلحا عن الجناية وما يحدث منها ورضي المولى به صح *

قوله وذكر في بعض النسخ اي بعض نسخ الجامع الصغير **قوله** الى آخر ما ذكرنا من الرواية يعني وان لم يعتقه رده الى مولاه ثم يقال لاولياء الجناية اما ان تقتلوا او اما ان تعفوا **قوله** وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد اي الوضع الثاني وانما خص هذا النوع بوروده اشكالا لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبغي عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح لانه ليس فيه حط شيء بل العبد موجب جنايته بتمامه واذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو **قوله** وهنا قال يجب فانه قال وقيل للاولياء اقتلوه **قوله** اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح **قوله** فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية قيد به ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بجنايته كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين (قوله)

نسخة (الاجتماع)

بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما *

قال واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية *

قوله بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء وفائدة الدفع ان يثبت له حق الاستخلاص بالفداء فان للناس اغراضا في الاعيان وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجب الجناية صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى **قوله** فلا يظهر في مقابلته الحق اي حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم احق بتلك القيمة لان القيمة مالية العبد والغريم مقدم على المولى فيها لان الواجب ان يدفع اليه ثم يباع له فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فيسلم اليه وفي الفصل الاول التعارض بين الحقين والحقان مستويان فيظهران فيضمنهما **قوله** واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت هذا اذا ولدت بعد الاستدانة اما اذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها واما الاموال التي حصلت لها بطريق الهبة او الصدقة او بالتجارة فهي احق بها من مولاها في اداء دينها بها ويستوي في ذلك ان كانت اكتسبت قبل لحوق الدين او بعده لان يدها (في)

قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء

في الكسب يد معتبرة حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصما له فباعتبار بقاء يدها يبقى حاجتها فيه مقدما بخلاف ما اذا كان اخذ المولى منها قبل ان يلحقها الدين وهذا بخلاف ما اذا ولدت قبل ان يلحقها الدين لان ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها فكما ان نفسها لا يكون من كسبها فكذلك ولدها الا ان نفسها يباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن لها في التجارة وذلك لا يوجد في حق الولد ولو تعلق به حق الغرماء انما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا اذا كان الدين لحقها قبل ان تلد ثم ولدت لان حق الغرماء تعلق بها في حال ما اذا كان الولد جزء متصلا بها فيسري الى الولد بحكم الاتصال فينفصل على تلك الصفة وهذا بخلاف الدفع بالجناية فان الجارية اذا ولدت لاحق لاولياء الجناية في ولدها لان حقهم هناك في بدل المتلف وهو ارش الجناية او في نفسها جزاء على الجناية لكن ذلك ليس بحق متأكد بدليل تمكن المولى من التصرف فيه كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لا يسري الى الولد وهنا حق الغرماء متأكد في ذمتها متعلق بماليتها بصفة التاكيد بدليل انه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرماء حقهم فيسري هذا الحق المتأكد الى الولد بخلاف القصاص فانه لا يسري الى الولد لان المستحق للقصاص الروح لا الرقبة والولد يتولد من الرقبة لا من الروح *

قوله وابرأ العبد اي من كل الدية لا من قسطه في الدية والمولى لانه لم يدع على المولى بعد الجناية اعتاقا حتى يصير المولى به مختارا للفداء مستهلكا حق المنجي عليه بالاعتاق (قوله)

وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا *

قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعتُ يدك وانت امتي وقالت قطعتَها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطئ والغلة وفي الشيئ القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله

قوله وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وانا صبي او اقر رجل بانه كان اقر وهو صبي لفلان بالف درهم وقال المقرله بل اقررت بهذا بعد البلوغ فالقول قول المقر مع يمينه لانه اضاف الاقرار الى حالة معهودة ينافي الوجوب فان قول الصبي هدر في الاقرار والصباء حالة معهودة في كل احد فكان هو في المعنى منكرا للمال لا مقراله فان قيل هو قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقرله منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله قلنا المصير الى هذا الترجيح بعد ثبوت اصل السبب ملزما واذا كان الاقرار في حالة الصباء غير ملزم اصلا لم يكن هو مدعيا للتاريخ بالاضافة اليه بل يكون منكرا لاصل المال عليه كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق **قوله** لما ذكرنا اراد به قوله لانه منكر للضمان **قوله** الا الجماع والغلة استحسانا بان قال جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة وانت امتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المولى **قوله** وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيئ منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه اجمعوا فيه على انه يرد ذلك عليها * (قوله)

كما اذا قال لغيره فقأتُ عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقرله لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقرله وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطئ والغلة لان وطئ المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان *

قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية

قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت اي كان الواجب القصاص ثم سقط بذهاب العين يريد به براءة عن ضمان العين قصاصا اوارشا والمقرله بقوله لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يدعي وجوب نصف الدية عليه وليس المراد من الفقي القلع لانه لا قصاص في القلع ولكن المراد منه اذهاب الضوء مع بقاء العين وفيه القصاص *

قوله لان وطئ المولى امته المديونة لا يوجب العقر لان حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها لانها ليست بمال وكذلك اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة وهو مديون يصح ولو اخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا لا مقرا كذا ذكره الامام الكسائي

قوله واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا قيد بالعبد لانه لو كان الآمر حرا بالغا يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر وقيد بالمحجور عليه لانه لو كان مكاتبا بالغا يرجع عاقلة الصبي عليه باقل من قيمته ومن الدية بخلاف ما اذا كان الآمر عبدا ماذونا حيث لا يرجعون عليه الا بعد العتق وقوله صبيا حرا قيد بالحر لانه لو كان عبدا لا يجب الدية بل يدفع او يفدي (قوله)

قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد

قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فتجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة

قوله وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما الى ان قال ولا رجوع له على الاول في الحال وهذا الحكم لا يقتضي ان يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورا عليهما لا محالة بل يكتفى بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا امر العبد المحجور العبد المأذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك اما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا او مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع والفداء على رقبة العبد الآمر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بامره صار غاصبا للمأمور فصار كاقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب يؤاخذ به في حال رقه بخلاف المحجور على ما ذكرنا فان قيل كيف يكون غاصبا للعبد بالامر وهو قول (و)

اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر و
اضداد ذكرناها في الزيادات **قال** واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما

والغصب لا يكون الا بالنقل والتحويل قلنا ان لم يوجد منه النقل فقد وجد منه الامر بالنقل
فاقيم مقام النقل كمن امر عبدا ليحمل له حملا وهلك منه ضمن الآمر وان لم يوجد منه
النقل لكن لما وجد منه الامر بالنقل اقيم مقامه كذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي *
قوله اصله التركة المستغرقة اي اذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة وضاقت عن الوفاء يقسم
التركة بين ارباب الديون اثلاثا بطريق العول اجماعا حتى لو مات رجل وترك الفا ولرجل
عليه الف ولآخر عليه الفان فالالف المتروكة تقسم بينهما بطريق العول وفي عبد مأذون بين رجلين
اذ انه احدهما الفا واجنبي الفا فبيع بالف اومات وترك الفا فعنده عولية وعندهما نزاعية وهنا مسائل
في بعضها القسمة عولية اجماعا وفي بعضها نزاعية وفي بعضها عولية عند ابي حنيفة رح ونزاعية
عندهما وفي بعضها الامر بالعكس والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد
فالقسمة عولية وان ثبتا على وجه التمييز او في وقتين مختلفين فالقسمة نزاعية وهذا لان القياس
يأبى القسمة بطريق العول لان تفسيره ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه احدهما بنصف
المال والآخر بكله والمال الواحد لا يكون له كل ونصف وانما ترك القياس في الميراث
باجماع الصحابة رض فيلتحق به ما كان في معناه وفي التركة اذا اجتمعت فيها حقوق
متفاوتة ثبت في وقت واحد وهو حالة الموت فكانت في معنى الميراث وكذا في الوصايا
والاصل عنده ان قسمة العين متى كانت لحق ثابت في الذمة او لحق يثبت في العين
على وجه الشيوع لكل واحد في البعض فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة في العين
لحق ثبت على وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل
فالقسمة نزعية وهذا لان الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة فيضرب كل واحد بكل
حقه في العين وكذا اذا كان حق كل واحد في العين ولكن في الجزء الشائع فقد استوت الحقوق في القوة
لانه ما من جزء ثبت فيه حق احدهما الا وللآخر ان يزاحمه والاصل في قسمة العول الارث كما (قال)

فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه
بربع الدية وفي بعض النسخ قتل وليالهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد رح
مع ابي حنيفة رح وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك
كله عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب
ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رح في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد
على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب
نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب
صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في
نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع
الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه
وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على
عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه هكذا في بعض النسخ وشرح عليها صاحب غاية البيان *

قال وثم حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع اما اذا ثبت الحقان على وجه التمييز فلم يكن في
معنى الميراث في مسائل العفو القسمة انما وجبت لحق ثابت في الذمة لان حق كل واحد منهما في
موجب الجناية وموجب الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة عولية وعلى هذا تخرج المسائل *
قوله فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه
بربع الدية لابي حنيفة رح ان القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين فاذا انقلب
مالا احتمل الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط من كل وجه بان
يعتبر متعلقا بنصيب نفسه واحتمل النصف بان يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك ولهما ان
نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما اصاب
ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط **قوله** وذكر في بعض النسخ قول محمد
رح مع قول ابي حنيفة رح اي في نسخ جامع الصغير والاشهر انه مع ابي يوسف رح (قوله)

فصل

من قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية

فصل

قوله وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة هذا اظهر الروايتين وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة **قوله** وقال ابو يوسف والشافعي رح يجب قيمته بالغة ما بلغت وهذا القول من ابي يوسف رح قوله الآخر وكان يقول اولا مثل قولهما وهذا الاختلاف بناء على ان الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال ام ضمان النفس فابو يوسف والشافعي رح رجحا جانب المالية لان ضمان المال بالمال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال بخلاف الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف القياس **قوله** ولهذا يجب للمولى يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدية مبقى على اصل الحرية ولهذا لا ينفذ اقرار المولى بالقصاص على عبده فان قيل وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية الا ترى ان القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق قلنا استيفاء القصاص بني على الولاية قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له والمولى ولي العبد فيجب القصاص له فاما استحقاق المال لا يبتني على الولاية بل على الارث اذا وجد سببه ولا يجري الارث بين المولى وعبده فعلم انه انما يستحقه ليجبران فوات ماله كما في سائر الاموال وكما في الغصب (قوله)

ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا وبدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما *

قوله ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد اي لو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقي العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية **قوله** عند تعذر الجمع بينهما ودليل التعذر انه لا يضمن الدية مع كمال القيمة في الخطأ ولا يستوفي القصاص مع كمال القيمة في العمد **قوله** وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الاموال لان ضمان الاموال يشبه ضمان التجارة الا ترى ان العبد المأذون لو اقر بقتل دابة انسان جاز اقراره وبقتل عبده لم يجز اقراره وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة على ان ضمان قتل العبد ضمان الجناية فيكون سبيله سبيل الجنايات دون سبيل ضمان الاموال **قوله** وبقاء العقد يتبع الفائدة هذا جواب عما قالا ان العقد باق بعد ما قتل المبيع في يد البائع وبقاؤه ببقاء المالية اصلا وبدلا فاجاب ان بقاء العقد في تلك الصورة لاشتمال البقاء على الفائدة لا لكون القيمة بدلا عن المالية بدليل ان القتل لو كان عمدا يبقى العقد ايضا لاشتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع واستيفاء القصاص فكما ان القصاص ليس ببدل المالية اجماعا فكذا امر الدية **قوله** وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وفي عامة الكتب باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وتنقص منه عشرة دراهم و (هذا)

قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية *

قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كانت له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف وهذا كالمروي عن رسول الله عليه السلام لان المقادير لا يعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي *

قوله وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية وفي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب لا في رواية عن محمد رح انه يجب في قطع يده خمسة الاف الا خمسة وهذا لان العبد في حكم الجناية على اطرافه بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا يتحملها العاقلة الا ان محمدا رح قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد والعبد يساوي ثلثين الفا من خمسة عشر الفا **قوله** وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره **قوله** لان الملكين في الحالين (١)

لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لايحل له وطئها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لايختلف بخلاف تلك المسئلة

الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة وقت الموت دون الجرح وعند الاجتماع لا يثبت الملك على الدوام في الحالين لكل واحد منهما *

قوله لانه الملك اي سبب الولاية الملك على اعتبار احدى الحالتين اي حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار الحالة الاخرى وهي حالة الموت بعد العتق **قوله** فيما يحتاط فيه اي فيما لا يثبت بالشبهات احترز بهذا عمن قال لآخر لك علي الف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال ويجرى البذل والاباحة فيها ولا يبالى باختلاف السبب **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية حتى ان من جرح عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان بالاتفاق وفي العمد يمتنع القصاص عند محمد رح لان الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع لا يوجب القصاص في النفس **قوله** ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية اي ثبوت ولاية استيفاء القصاص في العمد للمولى **قوله** لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح فالمقضي له المولى ولو اعتبرنا حالة الموت فالمقضي له لورثته **قوله** ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك في العمد واختلاف السبب هو انا لو اعتبرنا حالة الجرح كان السبب هو الملك ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء ولا اعتبار له لان المقصود وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص متحد **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي مسئلة الجارية (قوله)

لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه في من له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رح في الفصل الثاني **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر

قوله لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما وذلك لان النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبته ولو اثبته لا يثبته مقصودا فاختلاف الحكم كما اختلف السبب فلذلك لم يثبت الحل وقال شيخ الاسلام رح اذا قال لك علي الف من قرض فقال المقرله لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال لانا نلغي القرض والبيع لانكار كل منهما ما ادعاه صاحبه على الآخر بقي الاقرار بمطلق المال وذلك كاف لاستحقاق المال ويكون بذلا من المقر والبذل يجري في المال كما في القضاء بالنكول بخلاف مسئلة الجارية فان حل الوطئ مما لا يثبت بالرأي **قوله** وعندهما الجواب في الفصل الاول وهو ما اذا كان له وارث غير المولى كالجواب عند محمد رح في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن له وارث **قوله** فاوقع العتق على احدهما اي بين وانما ذكر لفظ الايقاع لان العتق غير نازل في المعين **قوله** ولو قتلهما رجل يجب (دية)

بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلک ولان القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي فى النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها *

قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شئ له من النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسک العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسک الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهي معتبرة في حق الاطراف

دية حر وقيمة عبد وهذا اذا كان القاتل واحدا وقتلهما معا واستوت قيمتهما اما اذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده واما اذا قتلهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الآخر لورثته لان بقتل احدهما تعين الآخر للعتق فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلهما معا كان عليه قيمته ودية حر ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما دية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما باولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما ولان البيان فات حين قتلا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما *

قوله بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين هذا اذا قتلهما معا ولا يدرى ايهما قتل اولا اما اذا قتلهما رجلان فان كان قتلهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لان العتق تعين واما لو قتلاهما معا فعلى كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق المعين كانه غير نازل فكان كل واحد منهما مملوكا عينا وانما نزل العتق فى المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلک المنكر وانما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة **قوله** ولان القياس معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء * (قوله)

لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم *

قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه ساقط اي لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا **قوله** ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا اي ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته **قوله** ثم من احكام الاولى اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والطرف الفائت **قوله** ولا يتملك الجثة اي فاقئ العينين حين دفع كمال القيمة كما اذا فقأ عين الحر **قوله** ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم ويتملك الجثة كما اذا خرق ثوب غيره خرقا فاحشا وضمنه المالك قيمة الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فقلنا بحكم انه وجب بجناية على الآدمي لا يجب موزعا وبحكم انه بدل مال لم يكن له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان (ان)

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق *

قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع *

ان تزيل الجثة من ملكك ليكون قولا بالشبهين وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية اصلا واعتبار لجانب المالية لان من حكم المال ان المالك بالخيار ان شاء سلم النفس واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها ورجع بالنقصان كما في تخريق الثوب وفيما قاله الشافعي رح الغاء لجانب المالية اصلا واعتبار لجانب الآدمية لا غير والقول الاوسط الاعدل ما قاله ابوحنيفة رح لان فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين اولى والله اعلم *

فصـــــــل في جناية المدبر وام الولد

قوله لما روي عن ابي عبيدة وهو ابو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فكان اجماعا كذا في الايضاح **قوله** وتعتبر قيمته لكل واحد منهما في حال الجناية عليه حتى لو قتل انسانا خطأ (و)

قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء انبع المولى وان شاء انبع ولي الجناية و هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصاركما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية

وقيمته الف درهم فزادت قيمته حتى صارت الفين وقتل آخر بعد ذلك خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولولم يكن منه الاتلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذين الالفين لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهي الف درهم ولاحق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط خاصة وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لاحق في هذه الخمسمائة لولي القتيل لثالث لان حقه في قيمته يوم جنى على وليه ويقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها للاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها للآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه وتضرب فيها للاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ وكذلك للاوسط لايضرب به اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فينقسم الخمسمائة بينهم على ذلك *

قوله ان شاء اتبع المولى اي بما يخصه من القيمة ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه **قوله** لابطاله ما تعلق به دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا حق ولي الجناية الثانية بالدفع الى الاول (قوله)

عملا بالشبهين وإذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير وإذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع السراية لانه سبب الملك

قوله عملا بالشبهين وهذا لان الجناية الثانية مقارنة للاولى من وجه ومتاخرة من وجه على ما ذكر في المتن فجعلت الجناية الثانية كالمقارنة في حق التضمين حتى كان له تضمين ايهما شاء لابطال ما تعلق به حقه بالدفع من المولى وبالقبض من ولي الجناية وكالمتاخرة في اعتبار قيمة العبد حتى يعتبر قيمة العبد في حق ولي الجناية الثانية وقت وجودها حقيقة *

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قوله والفرق ان الغصب قاطع للسراية الى آخره وذكر الامام قاضي خان في الجامع الصغير هذه المسئلة ثم قال علل بعضهم بان الغصب من اسباب الملك لما عرف من مذهبنا ان المضمونات يملك عند اداء الضمان فاذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية كما لو تخلل بينهما بيع واذا انقطعت السراية صار كانه غصب عبدا اقطع ومات عنده لا من القطع واما اذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع الا ترى ان المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية (فبرأ)

كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرء الغاصب عن الضمان *

قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن

فبرأ الغاصب عن الضمان ثم قال الا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم ينقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما ولم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر الضمان بخلاف مالو جنى عليه بعد الغصب *

قوله كالبيع والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا في العتق ان بداية الجناية مخالفة لنهايتها فاعتبار بداية الجناية يوجب ان يكون الارش للبائع واعتبار نهايتها يوجب ان يكون للمشتري فيصير المستحق مجهولا فلهذا قلنا بان البيع قاطع للسراية والغصب سبب الملك كالبيع ويتأتى فيه ماذكرنا من الجهالة فان العبد لما مات في يد الغاصب ووجب عليه الضمان صار العبد ملكا له من وقت الغصب فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه وانتهاؤها في ملك الغاصب **قوله** ولم يوجد القاطع اي قاطع السراية **قوله** كيف وانه استولى اي كيف لا يكون مستردا والحال انه استولى الا ترى ان المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضا *

(قوله)

لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله **قال** و من غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختار اللفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها و تكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب **قال** ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب **قال** ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب **قال** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول

قوله لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله اي في حال رقه بخلاف اقواله التي يوجب المال فانه يؤاخذ بها بعد الحرية اما اذا اقر بحد او قصاص لزمه في الحال **قوله** من غير ان يصير مختار الفداء لان الجناية لم تكن موجودة وقت التدبير فصار كما اذا جنى العبد ثم اعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فانه تجب عليه القيمة ولا يصير مختارا للفداء فكذلك ههنا **قوله** فاذا وجد شيئا اي ولي الجناية الاولى اذا وجد شيئا فارغا من مزاحمة ولي الجناية الثانية من بدل العبد يأخذه واما ما قاله محمد رح من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا نعم كذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذه المولى من الغاصب بدل المدفوع الى (ولي)

غيران استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد *

قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ماذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة *

الجناية الاولى واما في حق المجني عليه هو عوض مالم يسلم لولي الجناية الاولى فالاعتبار لمن يستقر عنده وهو المجني عليه ومثله جائز كالذمي اذا باع خمرا وقضى به دين المسلم يجوز للمسلم اخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك حل له اخذها فعلم بهذا ان الشيء الواحد يجوز ان يكون بدلا عن عين في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره *

قوله غيران استحقاق النصف ذكر هذا لبيان الفرق فانه يدفع هذا النصف الذي اخذه من الغاصب الى ولي الجناية الاولى بالاتفاق وكان لايدفعه اليه عند محمد رح في المسئلة الاولى لادائه الى الجمع بين البدل والمبدل واما هنا الدفع الى ولي الجناية الاولى لايؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية لان الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الاولى فلو دفع ذلك الى ولي الجناية الاولى لايؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل فيدفع لان حق ولي الجناية الاولى كان في كل قيمة المدبر لان المدبر كان فارغا وقت الجناية الاولى عن مزاحمة الثانية **قوله** ثم وضع المسئلة في العبد اي محمد رح في الجامع الصغير (قوله)

قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد*

قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه

قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه

قوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف اي الدفع الى ولي الجناية الاولى وقيل على الاتفاق وقوله اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية يعني به ما يدفعه الى ولي الجناية الاولى من النصف الذي رجع به على الغاصب يمكن ان يجعل عوضا عما سلم لولي الجناية الثانية وما بقي في يده من ذلك عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد **قوله** ومن غصب صبيا حرا يريد به صبيا لا يعبر عن نفسه لانه اذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما وهنا قد صار في يده فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في الاسرار* (قوله)

وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذاك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا فقتله

قوله وقد ازال حفظ الولي اشارة الى الجواب عن المكاتب الصغير فان الكتابة اذا صحت تثبت للمكاتب يد فيكون في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا بخلاف الصغير الحر فانه في يد الولي الا ترى ان المكاتب الصغير لا يزوجه احد والصغير الحر يزوجه وليه فعرفنا ان المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير وفيه لا يضمن فكذاهنا واما حكم الحر الكبير فانه اذا غصبه انسان ونقله الى مكان فاصابه شيء من هذه العوارض ينظران قيده الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرز عنه يضمن لان المغصوب حجر عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماشي اذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز عن حفظ نفسه عن اسباب التلف كالماشي على البئر اذا لم يعلم بالبئر كذا ذكره الامام المحبوبي رح **قوله** اذا اودع صبي عبدا الى آخره وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه لكن قبل الوديعة بامر وليه يضمن بالاجماع وان قبل الوديعة بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد رح في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف رح يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون وديعة عنده ضمن في الحال * (قوله)

فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتلاف لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا

قوله فعلى عاقلته الدية اراد به القيمة وانما آثر لفظة الدية لانها بازاء الآدمية والقيمة بازاء المالية والواجب في العبد بازاء الآدمية عند ابي حنيفة ومحمد رح **قوله** وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتلاف هكذا ذكر فخر الاسلام البزدوي في الجامع الصغير اما صدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي رح فقد قالوا في شرح الجامع الصغير هذا الحكم فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا **قوله** حيث وضع المال في يد مانعة اي مانعة من الايداع والاعارة في انه لا ولاية له عليه فان الاصل ان كل يد مانعة على معنى انها يمنع يد غيرها عليه الا اذا اقام يده مقام يده وههنا لم يقم يده مقام يده لعدم الولاية عليه فكان التضييع من جهته **قوله** بخلاف البالغ والماذون له يعني لو اتلفا يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصح الايداع عندهما وبعد صحة الايداع لو اتلف المودع الوديعة يضمن وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا حيث يضمن الصبي المودع (قوله)

لان عصمته لحقه اذ هو مبقي على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره *

قوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليست للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك واذا لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط وفي الايضاح وهذا بخلاف قتل العبد لانا انما نعتبر فعله تمكينا اذا كان هو متمكنا من ذلك الفعل بملكه والمالك غير متمكن من القتل بملكه فلم يعتبر تمكينه فاما في غيره فهو متمكن من الاتلاف بالملك شرعا وانما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفها لا لانه غير مملوك له وفي الاسرار فان قيل هذا الجواب يبطل بما لو كانت شاة فخنقها الصبي او العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك هذا بحكم ملكه قلنا انما يملك بحكم ملكه التصرف في حيوتها فانه يذبحها ولكن لا يملك الخنق لانه تضييع للمال لا لانه اتلاف كما لو سيبها لم يصح وفي مسئلة العبد لا يملك حيوته ولا التصرف فيها لا بحكم انه تضييع ولكن بحكم انه اجنبي عنه الا ترى انه لو اقر عليه بالقصاص لا يصح قوله وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره اي المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان لان التسليط انما وجد في حق الصبي لا في حق غيره فصار مال الوديعة ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حق دمه فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ومعصوم الدم في حق غيره كما كان فان قيل لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن ههنا فعرفنا انه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع مال الصبي اليه لا يضمن اذا تلف (في)

قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله اعلم *

في يده ولو كان تضييعه لذلك بالتسليط يضمن قلنا انما لم يضمن الاب فيهما لان يد من في عيال المودع اذا كان اهلا لحفظ الوديعة كيد المودع الا ترى انه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ مال غيره بيده فكانت يد الصبي كيد الاب من هذا الوجه ولو هلكت الوديعة في يد الاب لم يضمن فكذا اذا كان في يده حكما فان قيل لو استهلك الصبي الوديعة ثم جاء مستحق فاستحقها وضمن الصبي لم يرجع الصبي على الآمر ولو كان الايداع منه تسليطا لرجع بالضمان عليه كما لو قال له اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع بالضمان على الآمر قلنا الايداع منه ليس بامر بالاتلاف وانه تسليط عرفا اذ عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في العواقب فهو لما مكنه في ذلك مع علمه بحاله صار كالاذن له في الاتلاف وقوله احفظ شرط باطل لانه خاطب به من لا يحفظ ولا يقدر عليه ولا ولاية له عليه ولا للصبي على نفسه فهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار وقال احفظ بخلاف مسئلة العبد والامة لما قلنا وقيل الاصح ان معنى التسليط تحويل يده في المال اليه الا ان يقوله احفظه قصد ان يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه التزام بالعقد والصبي ليس من اهله فظهر من هذا ان الايداع منه ليس بامر بالاتلاف بل هو تمكين منه فبهذا القدر لا يستحق الصبي الرجوع على المودع اما اذا امره بالاتلاف فقد استعمله بالحمل عليه الا ترى انه لو كان عبدا صار غاصبا بالاستعمال بامره وانما صار مستعملا لا صار ضامنا لدلالة السلامة عن عهدة ما باشره باستعماله الا ترى انه لو قال لعبد ابحت لك هذا الطعام فاكله العبد لم يصر هذا المبيح غاصبا بخلاف ما لو استعمله بامره ومنشأ الفرق هو كون التسليط حكما لا صريحا بالامر وهو نظير ما لو رأى عبده يتجر فسكت يصير العبد مأذونا له في التجارة ولو ظهر ان العبد كان حرا واستحقه مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه ولمثله لو قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر انه كان حرا واستحقه مستحق يرجع الغرماء على المولى لان الاذن في المبايعة مصرح به ههنا ومسكوت عنه في الوجه الاول والله اعلم بالصواب * (باب)

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة ولا يُعلَمُ من قتله اُستُحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث اُستحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رح يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهواحد قولي الشافعي رح واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه اوظاهر يَشْهَدُ للمدعي من عداوة ظاهرة اوشهادة عدل اوجماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رحمه الله في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء

باب القسامة

هي بمعنى الاقسام ثم قيل هي للايمان التي يقسم على اهل المحلة اذا وجد قتيل فيها **قوله** بالله ماقتلناه ولاعلمنا له قاتلا هذا على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولايحلف بالله ماقتلنا لجواز ان يكون باشر القتل بنفسه فيجري على يمينه بالله ماقتلنا فان قيل يجوز انه قتل مع غيره فيجري على يمينه بالله ما قتلت كما في عكسه قلنا لا كذلك لانه اذا حلف بالله ماقتلت وكان قتل مع غيره كان كاذبا في يمينه فان الجماعة متى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد والكفارة في الخطأ **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له اي ان لم يكن هناك لوث وهو قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم اوظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة اوشهادة واحد عدل اوجماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه **قوله** فمذهبه مثل مذهبنا اي في بداية يمين المدعى عليه غير انه ان لم يكمل اهل المحلة خمسين لايكرر اليمين عليهم بل يرد على الاولياء كما في النكول عنده فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي براءة اهل المحلة باليمين فالحاصل (انه)

فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهد اللولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله صلعم البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب رض ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله تخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون

انه اذا وجد ظاهر يشهد للمدعي عند الشافعي رح يحلف المدعي فان حلف انهم قتلوه خطأ فله الدية وان حلف انهم قتلوه عمدا فعليهم القصاص في قول والدية في قول فان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم فان حلفوا برؤا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول وان لم يكن الظاهر شاهدا للمدعي حلف اهل المحلة على ما قلنا *

قوله فيقسم منكم خمسون اصله ما روي انه وجد قتيل من المسلمين في قليب من قلب خيبر فرفع الى النبي عليه السلام فقضى باستحلاف خمسين من اهل القليب فلم يرض الاولياء بايمانهم بسبب كفرهم فقال لهم رسول الله عليه السلام يقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لا علم لنا قطعا فودى النبي عليه السلام من ماله فاول الحديث حجتنا وتاويل قوله يقسم منكم اي ايقسم منكم استفهاما على سبيل الانكار وكانه عليه السلام رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين ابوا ايمان اليهود بقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهية رسول الله عليه السلام بذلك رغبوا عنه بقولهم كيف نحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد **قوله** بدأ باليهود بالقسامة وهم اهل القليب **قوله** فاولى ان لا يستحق به (١)

تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ ممايفيد يمين الطالح ولواختاروا اعمى اومحدودا في قذف جازلانه يمين وليس بشهادة **قال** فاذ احلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولايستحلف الولي وقال الشافعي رح لايجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبدالله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لاملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم

النفس المحترمة جواب عن احد قولي الشافعي رح وهو قول مالک رح انه يجب القصاص بيمينه وكذلک على قوله الآخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس الا ان القصاص يسقط باعتبار الشبهة فيصار الى الدية بدلا عن القصاص *

قوله تفيد يمين الصالح على العلم لان صالحي اهل المحلة اذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا **قوله** لانه يمين وليس بشهادة يحترز بهذا التعليل عن اللعان لانه شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل الشهادة **قوله** فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية اي على عاقلة اهل المحلة وفي المبسوط انما يقضى بالدية على عاقلة اهل المحلة في ثلث سنين لان حالهم دون حال من باشر القتل خطأ واذا كانت الدية هناک على عاقلته في ثلث سنين فههنا اولى **قوله** في حديث عبد الله بن سهل وهو ما روى سهيل ابن ابي حثمة ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحُوَيصَّة ومُحَيصَّة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قاب خيبر يتشحط في دمه فجاؤا الى رسول الله عليه السلام ليخبروه فاراد عبدالرحمن وهو اخ القتيل ان يتكلم فقال عليه السلام الكبير الكبير فتكلم احد عميه حويصة او محيصة فاخبره بذلک فقال ومن قتله قال من يقتله سوى اليهود قال تبرئكم اليهود بايمانها **قوله** في حديث ابن سهل وفي حديث زياد فحديث سهل ما ذكروا اما حديث بن زياد فما روى خصيف عن زياد بن ابي مريم انه قال جاء رجل الى النبي عليه السلام وقال اني وجدت اخي قيتلا في بني فلان فقال اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فقال الرجل وليس لي من اخي الا هذا قال نعم ومائة من الابل (قوله)

وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البرآءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى عليه وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطأ لانهم لا يميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه على قتله يمينا واحدا ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى *

قوله وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة روي ان قتيلا وجد بين وادعة وارحب (و)

قال وان لم تكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة واتي اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيها استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال *

قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها *

قال وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد *

وكان الى وادعة اقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية فقال وادعي يا امير المومنين لا ايماننا يدفع عن اموالنا ولا اموالنا يدفع عن ايماننا فقال انما حقنتم دماءكم بايمانكم وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وقوله وكذا الوادعي على البعض باعيانهم سنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وعد بيانه ثم في الموضع الذي وعد بيانه فيه قال وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وقيل في بعض النسخ الحكم مذكور مكان قوله سنذكره فيصح قوله وقد ذكرنا لكن لم يثبت عندي صحة هذه الرواية من النسخ المتقنة *

قوله كررت الايمان عليهم لان تكرار اليمين مشروع كما في كلمات اللعان * (قوله)

ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس اووجد يده اورجله اورأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا **قال** واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها اوراكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم *

قوله والمعنى ما اشرنا اليه وهو ان تكرار القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع **قوله** لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها قلنا اعتبار الظاهر هنا لانه نفس من وجه ولا كذلك الاطراف لانها يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها واما الجنين فنفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب فالظاهر انه ينفصل حيا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود في المحلة وبه اثر الجراحة يحكم انه مقتول وتجب القسامة والدية اعتبارا للظاهر وان كان يحتمل انه مات حتف انفه تعظيما للدم واذا انفصل ناقصا اعتبرنا فيه جهة العضو ولم نوجب الدية التي لها خطر اذ لا تيقن بانفصاله حيا ولا ظاهر يشهد بذلك **قوله** واذا وجد (القتيل)

*

قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يفتش بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا *

القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته وروي عن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول انه كان يفصل في الجواب ويقول ان هكذا اذا كان السائق يسوق الدابة محتشما مختفيا لان الظاهر انه هو القاتل اذا كان يسوقها على هذا الوجه فاما اذا كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا فلا شيء عليه لان الانسان قد يحمل اباه او ابنه او احدا من اقربائه الى بلدة ليدفنه فيه وظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلا ومن مشائخنا من قال انما يجب الدية على عاقلة السائق اذا لم يكن للدابة مالك معروف اما اذا كان لها مالك معروف فالقسامة والدية على مالكها كما في الدار عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال بعض مشائخنا القسامة على السائق او القائد والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف اولم يكن واطلاق الجواب في الكتاب يدل على هذا فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الدابة والدار على قول ابي حنيفة ومحمد رح والفرق هو ان العبرة في هذا الباب للتصرف والتدبير والرأي ثم التصرف والرأي والتدبير في الدار يكون للمالك لانه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك لانه وان آجرها فالمؤنة يكون على المالك فيكون القسامة عليه واما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير على من في يده الدابة لان يد صاحب الدابة يزول عنها بالاجارة وكذلك بالانفلات فلهذا يكون القسامة على الذي في يده الدابة *

قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت اي القضاء على اقربهما انما يكون اذا كان القتيل بحيث يبلغ اهله الصوت هكذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي رح ووادعة وارحب قبيلتان من همدان *

(قوله)

قال واذا وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا يرى انه عم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عم اقرهم على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج *

قال وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة **قال** وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بيناه وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين

قوله واذا وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده فصار صاحب الدار مع اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فلما لم يدخل اهل المصر مع اهل المحلة كذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة كذا في شرح الاقطع **قوله** ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك **قوله** وهو قول محمد رح ذكر في الاسرار بعد ما ذكر هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح فقال قول محمد رح مضطرب وههنا اختار كونه مع ابي حنيفة رح **قوله** وهو على اهل الخطة اي وجوب القسامة على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خط لتمييز انصبائهم **قوله** والولاية باعتبار الملك اي ولاية الحفظ **قوله** وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة اي بنى على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك (قوله)

لان الولاية انتقلت اليهم اوخاصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم وان وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابويوسف رح لاقسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لايشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كماتلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة **قال** فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة **قال** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ *

قوله لان الولاية انتقلت اليهم اي على قول ابي حنيفة ومحمد رح لزوال من يتقدمهم اوخلصت لهم اي على قول ابي يوسف رح لما ان الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشترين فالآن خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم **قوله** بمنزلة الشفعة فانها على عدد الرؤس لا على قدر الانصباء عندنا **قوله** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الى قوله ان كان في البيع خيار فهو على عاقلة الذي في يده فالحاصل ان ابا حنيفة رح اعتبر اليد وهما (اعتبرا)

قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يديه لانه لا يد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة **قال** وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف رح ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل **قال** وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم

اعتبر الملك ان وجد والا فيتوقف على قرار الملك *

قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يديه يعني اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي وديعة في يده وهذا لما عرف ان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب اثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشتري ان تكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة رح يعتبر اليد في استحقاق الدية كما ذكرنا آنفا لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد ولم يثبت ههنا يد الملك الا بالبينة **قوله** واللفظ يشمل اربابها اي لفظ من فيها **قوله** وهذا على ما روي عن ابي يوسف رح ظاهر اي لانه يجعل السكان والمالك في القتيل الموجود في المحلة سواء فكذا في القتيل الموجود في السفينة واما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان التدبير في المحلة الى الملاك دون السكان وفي السفينة انهم في تدبيرها سواء اذا حدثهم امر وهذا لان السفينة ينتقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكما ان المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فكذا في القتيل الموجود في السفينة وهم في اليد عليها سواء بخلاف المحلة والدار لانها لا ينتقل وذكر شيخ الاسلام قال بعض المشائخ انما يجب على الركاب اذا لم (يكن)

فكذ *

وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلاقسامة فيه فالدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رح يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف رح الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما

يكن للسفينة مالك معروف فان كان فالقسامة عليه ومثل هذا التفصيل مر في الدابة *

قوله وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلاقسامة فيه لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين والدية على بيت المال لانه للعامة وفي المغرب الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الاسناد المجازي او هو من قولهم شرع الطريق اي تبين **قوله** ولو وجد في السوق انما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي يكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان فيها من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب موجب التقصير عليه كذا في مبسوط فخر الاسلام وفي المنتقى اذا وجد القتيل في صف من السوق فان كان اهل ذلك يبيتون في حوانيتهم فدية القتل عليهم وان كانوا لا يبيتون في حوانيتهم فالدية على الذين لهم تلك الحوانيت **قوله** فلا يتعلق بهم ما يجب لاهل النصرة اي لاجل ترك النصرة (قوله)

وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان *

قوله وقد بيناه اي في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل **قوله** وان وجد في وسط الفرات ذكر الفرات ليس بقيد وفي المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري فيه الماء فلاشيء فيه وكذلك ذكر الوسط وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه اذا كان كذلك فلعل هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان القتيل في مكان الانبعاث اومكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وفي الذخيرة ايضا مثل هذا **قوله** وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك الموضع على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان يبلغ اهله الصوت وفي المبسوط وان كان الى جانب الشط محتبسا فهو على اقرب القرى اليه ثم قال وهذا اذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع ونادى باعلى صوته وان كانوا لا يسمعون ذلك لاشيء عليهم فيه هكذا فسره الكرخي رح وفي الذخيرة واما اذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شيء وانما يجب في بيت المال لانه تحت يد عامة المسلمين **قوله** وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وهنها قال وقد ذكرناه فلعله رحمه الله توهم انه ذكره وقيل في بعض النسخ ذكره ثم فعلى هذا يستقيم قوله وقد ذكرناه * (قوله)

قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط منهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لاينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لايغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه *

قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة *

قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم اي سقط القسامة والدية ويحلف المدعى عليه يمينا واحدا كذا في الذخيرة **قوله** فتعيينه واحدا منهم لاينافي ابتداء الامر فان الشارع اوجب القسامة ابتداء على اهل المحلة فتعيينه واحدا منهم لاينافي ما شرعه الشارع ابتداء وفي المبسوط وان ادعى اهل القتيل على بعض اهل المحلة الذين وجد القتيل بين اظهرهم فقالوا قتله فلان عمدا او خطأ لم يبطل بهذا حقه وفيه القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان معلوما لنا بطريق الظاهر وهو ان القاتل واحد من اهل المحلة لكنا لانعلم ذلك حقيقة وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لايصير معلوما لنا حقيقة انه هو القاتل فاذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئا لا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على اهل المحلة وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه يسقط القسامة عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لايعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه واذا ادعى القتيل على غيرهم امتنع دعواه عليهم للتناقض لانه لما ادعى على غير اهل المحلة فقد ابرأ اهل المحلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على اهل المحلة للتناقض كذا في المبسوط **قوله** واذا التقى قوم بالسيوف (فا)

قال ولا علی اولئک حتی يقيموا البينة لان بمجرد الدعوی لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة علی نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملک لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلی من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلی اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملک وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلی ما بيناه وان كان للارض مالک فالعسكر كالسكان فيجب علی المالک عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف رح وقد ذكرناه*

قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف علی ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل علی واحد صار مستثنی عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه*

فاجلوا عن قتيل قال الفقيه ابو جعفر رح في كشف الغوامض وهذا اذا كان الفريقان متاولين اقتتلوا غضبة فان كانوا مشركين او خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلک من اصابة العدو*

قوله للحديث الذي رويناه اي في اوائل باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعی قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة علی المدعي واليمين علی من انكر

قوله لان الظاهر ان العدو قتله ولهذا كان شهيدا اذ الظاهر ان الانسان بعد الالتقاء انما يقتل من يعاديه لا من يوازره وانما اوجبا القسامة والدية علی اهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد عدم ههنا بخلاف ما اذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبة كالكلاباذي والدروازكي ببخارا اذ ليس في اضافة القتل الی العدو حمل امر المسلمين علی الصلاح اذ الفريقان مسلمان فبقي حال القتيل مشكلا فيجب القسامة والدية علی اهل المكان كذا في المبسوط **قوله** وان لم يلقوا عدوا فعلی ما بينا يعني اذا لم يقاتلوا عدوا فان وجد في خباء او فسطاط فعلی من يسكنها وان كان خارجا فعلی اقرب الاخبية لان ذلک الموضع (في يد)

قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس *

قال ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل *

في يد اقرب اهل الاخبية هذا اذا نزلوا متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فان الدية والقسامة عليهم كذا في مبسوط شيخ الاسلام *

قوله كالوصي اذا خرج من الوصاية بان بلغ الغلام او عزله القاضي **قوله** وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل الاصلان مجمع عليهما انما الخلاف في انه اهل المحلة ما حكمهم عند ابي حنيفة رح هم خصماء وعندهما كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء فلهذا لم تقبل شهادتهم عند ابي حنيفة رح وقبلت عندهما ومما يتخرج على الاصلين مسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل لانهما ما صارا خصمين بل صارا بعرضة ذلك ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب لصيرورتهما خصمين ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الشفيع بتسليم الشفعة وان سلم الدار الى المشتري لانه صار خصما للشفيع بنفس البيع فانه وجب عليه التسليم الى الشفيع متى طلب منه كما وجب التسليم الى المشتري والموصى له بالثلث اذا شهد بموت الموصي بحال وقوع الاشكال في موته وقد رد وصية قبلت الشهادة **قوله** لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه اشارة الى ما ذكر من (الفرق)

قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابويوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة مادون النفس فلا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح وقال ابويوسف ومحمد وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية

الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم الى آخره *

قوله ومن جرح في قبيلة اي ولم يعلم الجارح **قوله** فان كان صاحب فراش حتى مات اي لو صار المجروح صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل الى اهله فمات وانما قيد به لانه لو كان صحيحا يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في اهله فلا شيء فيه كذا في المبسوط **قوله** وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة وهو ومن جرح في قبيلة وفي المبسوط بعد ما ذكر مسئلة القبيلة وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش حتى مات فهو على الذي يحمله كما لو مات على ظهره وان كان يذهب ويجيء فلا شيء على من حمله وفي قول ابي يوسف رح لا شيء عليه في الوجهين **قوله** ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو ان عاقلته الوارث والمورث متحد وان كان (في)

من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابويوسف رح يضمن الآخر الدية وقال محمد رح لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لايقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان

في موضع يختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان يكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط *

قوله من مات قبل ذلك اي قبل ظهور القتل **قوله** فيجب على عاقلتهم اي على عاقلة الورثة فان قيل اذا قلتم ان الدية تجب على عاقلة الورثه فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم قلنا ان الدية تجب للمقتول حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا في دار نفسه لان هناك اذا وجد غيره قتيلا انما هو يجعل كالقاتل له لقيام ملكه في الدار حين وجد القتيل وذلك غير موجود فيما اذا وجد هو قتيلا فيه فان الملك منتقل الى الورثة وملك المكاتب باق لبقاء عقد الكتابة فلهذا افترقا **قوله** ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث اذ لو كان ثالث يقع الشك في القاتل فلا يتعين واحد منهما **قوله** كما اذا وجد قتيل في محلة اي كان توهم قتل نفسه ساقطا هناك فكذا هنا *

(قوله)

والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابويوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة

ولووجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية والله اعلم *

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تفسك اي تمسك

قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يودون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام

قوله والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب لانها لا تقوم بها النصرة فلا تكون من اهل الديوان **قوله** قال المتأخرون ان المرأة يدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة وانما قيد بقوله في هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في المعاقل ويدخل في هذه المسئلة لانا جعلناها قاتلة فالقاتلة يشارك العاقلة لانها لما وجب على غير المباشر فعلى المباشر ان يجب جزء منها اولى وموضوع المسئلة فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها احد اما اذا كانت عشيرتها حضورا يدخل معها في القسامة والله اعلم *

كتاب المعاقل

قوله وكل دية وجبت بنفس القتل احترازعما وجبت بالصلح والاعتراف * (قوله)

في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموافدوه ولان النفس محترمة لاوجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلاوجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصرلقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانواهم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوابه *

قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذاعندنا وقال الشافعي رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولناقضية عمر رضي الله عنه فانه لمادوّن الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضرمن الصحابة من غيرنكيرمنهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقدكانت بانواع بالقرابة والحلف

قوله في حديث حمل بن مالك حمل ههنا اسم ولد الصابيه سمي به وكانت له ضرتان فضربت احديهما الاخرى بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا قال النبي عليه السلام لاولياء الضاربة قوموافدوه فقال اخوها عمران بن عويم الاسلمي اندي من لاصاح ولااستهل ولا شرب ولااكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموافدوه **قوله** لانه انماقصربقوة فيه وتلك بانصاره لان مثل هذاالفعل لا يكون الا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصيرفي التحرز وذاانمايكون بقوة يجدهاالمرأ في نفسه بكثرة اعوانه وانصاره وانماينصره عاقلته فخصوابه **قوله** دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة فقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة والديوان الجريدة من دون الكتب اذاجمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة **قوله** وليس ذلك بنسخ بل هوتقرير (معنى)

والولاء والعدوفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلثة او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء

معنى وهذا جواب عن قوله ولا نسخ بعده فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ماقضى به رسول الله عليه السلام قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله عليه السلام معنى فانهم علموا ان رسول الله عليه السلام قضى على العشيرة باعتبار النصرة فقد كان قوة المرأ ونصرته يومئذ بعشيرته فلما دون عمر الدواوين صارت القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضوا بالدية على اهل الديوان الحلف بكسر الحاء العهد يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ههنا ولاء الموالاة *

قوله والولاء اي ولاء العتاقه والعد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان اي يعد منهم كمن سكن في دار قوم يعد فيهم وان لم يكن له قرابة فيهم كابليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة يعد منهم وان لم يكن من جنسهم **قوله** اولى منه في اصول اموالهم اي من الايجاب **قوله** لحصول المقصود وهو التفريق على الاعطيات **قوله** لان الوجوب بالقضاء لان من عليه غير معلوم لان في العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضاء فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء وان خرجت بعد القضاء * (قوله)

على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور

قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل

قال ويقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رح في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح *

قوله على ما نبين ان شاء الله تعالى اشارة الى قوله وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه الى المال كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بقضاء القاضي وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين الا ان يحوله القاضي الى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين (و)

قال وان لم تكن تتسع القبيلة لذلک ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلک لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لايدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لايصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لايكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلک اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلک الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلک اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لاتؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل ذلک منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية

ولهذا لو هلک الولد قبل القضاء لم يضمن شيئا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا وهو نظير الاجل في حق العنين فانه لايعتبر فيما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون ابتداء التأجيل من وقت قضاء القاضي *

قوله ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم صورته اذا جنى واحد من اولاد حسين مثلا يكون موجب الجناية عليهم وان لم تتسع هذه القبيلة لذلک ضم اليها قبيلة الحسن ثم بنوهم فان لم تتسع هاتان القبيلتان لذلک تضم اليهما قبيلة عقيل ثم بنوهم **قوله** وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل اي عند الشافعي مايقضى به على كل واحد منهم لا يكون اقل من نصف دينار او خمسة دراهم لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكوة وادنى ما يجب في الزكوة نصف دينار او (خمسة)

وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر ولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم *

قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رح لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه اولى قال الله تعالى وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله تعالى لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما

خمسة دراهم ولنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذا في القليل دون الكثير وهذه صلة واجبة امروا باداائها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكوة بل ينقص من ذلك الا ترى انها لا يجب في اصول اموالهم وانما يجب فيما هو صلة وهو العطاء تحقيقا للتخفيف *

قوله وان كان يخرج في كل شهر يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر اي سدس السدس

قوله وادخل القاتل في العاقلة اي اذا كان من اهل العطاء في الديوان اما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين (ان)

والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم

ان المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد رح* **قوله** والفرض لهما من العطاء للمعونة هذا جواب اشكال وهو ان يقال العطاء انما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة يكون عواقل لغيرهم فكذا النساء فاجاب ان العطاء انما يدفع للنساء والصبيان في الديوان باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة اي باعتبار معونة الامام للصبي والمرأة **قوله** وغيره وهو العد والحلف **قوله** واهل البادية اقرب اي نسبا **قوله** وقيل هو الصحيح اي قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة **قوله** وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم اي ذا قرابة لهم* (قوله)

وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لامسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لامسكن له فيه كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لاينتصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لايعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم

قوله وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة اي صار كصغيرة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها وهنا اهل المصر اقرب مكانا فكانوا اقدر على النصرة من اهل البادية وان كانوا اقرب نسبا **قوله** لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية **قوله** كما في حق المسلم اي تجب الدية في مال المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر الرواية يجب في بيت المال وفي المبسوط فرق بين المسلم والذمي فان الجاني اذا كان مسلما ولا عاقلة له فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية ولا يجب في مال الجاني والفرق ان العقل انما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة ومتى لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة المسلمين اهل نصرته فامكنا ايجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة بخلاف الذمي فان جماعة المسلمين ليس من اهل نصرته فالولاية بيننا وبينهم منقطعة فتعذر ايجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله **قوله** وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اي تمكين الذمي من هذا القتل ليس بنصرة اهل الاسلام اياه (قوله)

لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رح لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة

قوله لان الكفر كله ملة واحدة اي في انه اعراض عن الحق واتباع الرسول وهذا اذا كان من ديانتهم ان العاقلة يتحملون عن القاتل اما اذا لم يدينوا بذلك يكون في مال القاتل **قوله** فحول ديوانه اي بعد القتل **قوله** وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة اي في هذه الحالة **قوله** وكذا الوجوب على القاتل النكتة الاولى انما هي من حيث النظر الى الواجب والثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب والحاصل ان النظر الى الوجوب والى محل الوجوب يقتضي ان يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية **قوله** بخلاف ما اذا قلت العاقلة بان مات بعضهم يتعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء اي لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت (العاقلة)

فكم

ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان و بعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم و ان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم و عطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر **قال** وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم **قال** ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في كتاب الولاء **قال** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه و مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا و لا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا احجاف فى القليل وانما هو فى الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع

العاقلة حيث يضم اليهم اقرب القبائل فى النسب وان كان بعد القضاء مع انه فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان فى ضم اقرب القبائل اليهم تقريرا للحكم الاول لا ابطالا له *

قوله لكن يقضى ذلك اي الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء

قوله ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية فيه اشكال وهو ان من قتل عبد غيره خطأ وقيمته اقل من ارش الموضحة فان العاقلة يتحمل الا ان الجواب عنه ان المراد منه فيما دون النفس فاما فى النفس فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة وهذا دية لان القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر * (قوله)

قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رح او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس *

قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم *

قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرافعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول

قوله لا يعقل العاقلة عمدا صورته اذا كان القاتل اب المقتول **قوله** ولا عبدا قال ابوحنيفة ره هو ان يجني العبد على الحر وقال ابن ابي ليلى هو ان يجني الحر على العبد وصوبه الاصمعي قال لو كان المعنى على ما قال ابوحنيفة لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عاقلة عبدا فعلى ما صوبه الاصمعي المراد ان يكون الجناية على عبد فيما دون النفس **قوله** بخلاف الاول اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرورة وفي المبسوط في قوله ولم يكن عليه شيء اي على المقر شيء في ماله لانهما تصادقا ان الواجب بقضاء القاضي تقرر على العاقلة وبعد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة وهو قضاء القاضي لم يوجد اصلا فيقضي بها في مال المقر (قوله)

الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم **قال** واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رح ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم

قوله الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزم بقدر حصته من ذلك لانه في مقدار حصته مقر على نفسه وبهذا تبين ان القاتل انما يكون احد العواقل عندنا اذا كان له عطاء في الديوان فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل قلنا هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا لدفع التوي عن مال المسلم وهذا اصلة لم يكن دينا وانما كان بطريق الصلة لصيانة دم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفي من العاقلة او لم يستوف كذا في المبسوط **قوله** قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال هذا اذا كان القاتل مسلما اما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية في ماله لا في بيت المال **قوله** فكذا ما يلزمه (من)

لانهم مضطرون في ذلک وكذلک ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فيتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلک رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر وعلى عاقلة الآمر لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رح متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض

من الغرامة يلزم بيت المال وفي فتاوى قاضيخان روى محمد رح عن ابي يوسف رح ان من لا عاقلة له اذا قتل رجلا خطأ فان دية القتيل يكون في مال الجاني وذكر في كتاب الولاء من الاصل ان بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بان كان حرا مسلما او لم يكن مستحقا بان كان كافرا او عبدا فقال لو كان حربيا مستأمنا اشترى عبدا مسلما في دار الاسلام فاعتقه ثم عاد المستأمن الى دار الحرب ثم اسر واخرج الى دار الاسلام ثم مات معتقه فميراثه يكون لبيت المال لان معتقه رقيق في الحال ولو جنى هذا المعتق فعقل جنايته يكون عليه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق وان كان المعتق لا يستحق ميراثه لاجل الرق وهو الصحيح *

قوله لانهم مضطرون في ذلک حيث تحملوا بالزام القاضي وهذا نفي لجهة التبرع

قوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء

قوله فانتقل بيان التبدل وصورته اذا تزوج عبد بمعتقة قوم فولدت منه اولادا يكون ولاء الاولاد لموالي الام فاذا جنى الولد فالجناية على عاقلة الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب جر ولاء الولد الى نفسه بسبب حادث وهو العتق فلا ينتقل جنايته *

وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها اولم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة ونقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب *

قوله وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة يعني اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت منه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يثبت منه نسبه ورجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لانه عند اكذاب الاب نفسه يظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة فتبين به ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا عن قوم الاب مضطرين في ذلك بالزام القاضي فيرجعون عليهم فصار حالهم مع عاقلة الاب كحال ولي الجناية وقد مر ان التأجيل ثم من وقت القضاء لا من وقت الجناية فكذا هنا وانما يرجعون في ثلث سنين لانهم ادوا هكذا **قوله** ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء نظيره ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وعلى قول زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح ايضا **قوله** وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة ونقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده نظير الزيادة ما حول ديوانه الى العاقلة بعد القضاء عليهم يشاركهم المضمون اليهم فيما يؤدون بعد التحويل ونظير النقصان ما اذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجال في عطائه ثلثة دراهم او اربعة دراهم وقد كان يصيبه قبل النقصان اقل من (ثلثة)

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة

ثلثة دراهم او اربعة دراهم وان قلت العاقلة حتى يصيب الرجل اكثر من ثلثة دراهم او اربعة دراهم ضم اليهم اقرب القبائل في النسب حتى يصيبه في عطائه ثلثة دراهم او اربعة دراهم وهذا لان في ايجاب الزيادة عليهم اجحافا بهم ولانه متى جربهم امر ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون باقرب القبائل اليهم فكانوا في بعض الاحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فاذلك يضمنون اليهم في تحمل العقل عند الحاجة والله اعلم*

كتاب الوصايا

باب صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

ركن الوصية قوله اوصيت بكذا لفلان وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتملك والموصى به بعد موت الموصي مالا قابلا للتمليك وحكمها ان يملكه الموصى له ملكا جديدا كما يملك بالهبة

قوله الوصية غير واجبة انما ذكر قوله وهي مستحبة بعد قوله غير واجبة لنفي قول بعض الناس الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار واستدلوا بظاهر قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه ولنا انها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وهي تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع في حال الحيوة وما تلوه منسوخ بآية المواريث (وما)

والقياس يأبى جوازها لانه تمليک مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتک غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملہ مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض مافرط منه من التفريط بماله على وجه لومضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولوانهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلک فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ماهو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

ومارووا فهو شاذ فيما يعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على انه كان في الابتداء قبل نزول آية المواريث والمراد ان ذلک لايليق بطريق الاحتياط والاخذ بمكارم الاخلاق كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره طاو الى جنبه **قوله** والقياس يأبى جوازها لما ذكر من الدليل ولانها لوجازت فاما ان يزول عن ملک الموصي ويدخل في ملک الموصى له قبل القبول كالارث وهو باطل لانه لاقدرة له على ازالة ملكه الى غيره الا برضاه او يزول عن ملک الموصي ولا يدخل في ملک الموصى له مالم يقبل وفيه جعل كونه مملوكا بلا مالک او لا يزول عن ملک الموصي بل يبقى على حكم ملكه الى ان يقبل وهو باطل ايضا لان الميت ليس باهل للملک الا انا استحسنا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم الحديث واجماع الامة ولحاجة بعض الناس **قوله** ومثله في الاجارة بيناه وهو ان القياس يأبى جواز الاجارة لانها بيع المعدوم الا انا جوزناها باعتبار حاجة الناس *(قوله)

قال ولا يجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث *

قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى

قوله في حديث سعد بن ابي وقاص وفي بعض النسخ سعد بن مالك رضي الله عنهما روي انه قال في مرضه لرسول الله عليه السلام افاوصي بكل مالي فقال لا قال افاوصي بنصف مالي قال لا قال افاوصي بثلث مالي قال الثلث والثلث كثير اي لا تستقل الثلث والثلث كثير كاف **قوله** لان الساقط متلاش متصل بقوله فكان لهم ان يردوه اي كان لهم ان يردوا واما اجازوا في حال حيوة مورثهم لان اجازتهم في ذلك كانت ساقطة غير معتبرة لعدم مصادفتها محلها وكل ساقط متلاش فلا يتوقف الى وقت موت المورث حتى ينقلب معتبرة بعد الموت **قوله** غاية الامر انه يستند اي ثبوت الحق يستند عند الاجازة الى بعد الموت اي اذا اجاز الورثة يستند ثبوت الحق في الزائد على الثلث للموصى له الى اول المرض لان حق الورثة يتعلق بالتركة من اول المرض وهم بالاجازة اسقطوا حقهم في الزائد على الثلث فثبت ان الاجازة لاقت محلها فلم يكن لهم ان يردوه بعد الموت وفي بعض النسخ عند الاستغناء مكان قوله عند الاجازة فعلى هذا يكون المعنى غاية الامر ان ثبوت الحق للوارث يستند عند الموت (١)

قل

ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلوا ستند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضاء ببطلان الحق لايكون رضاء ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ماجاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن *

الى اول المرض فيكون الاجازة من الورثة حال حيوة الموصي حال ثبوت الحق فكان ينبغي ان يصح الاجازة ولا يرد بعد الموت لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى اي الاجازة قبل الموت تلاشت واضمحلت فلا يظهر هذا الاستناد في حقه فلا يعتبر *

قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت اي ولان حقيقة الملك للورثة انما يثبت بعد موت الموصي وقبله يثبت مجرد الحق فلواستندت حقيقة الملك عند الاجازة في حال حيوة الموصي لزم ثبوت الملك حقيقة للموصى له في الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة لان اجازتهم حال حيوة الموصي انما لاقت حق الملك لهم لاحقيقة الملك فلواستندت من كل وجه وانقلب حق الملك حقيقة يلزم ثبوت الملك للموصى له في الزائد على الثلث بدون رضاهم اذ الرضاء ببطلان الحق لايكون رضاء ببطلان الحقيقة **قوله** فحكمه ماذكرنا اي تعتبر الاجازة بعد الموت لاقبله **قوله** وكل ماجاز باجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من الوارث وثمرة هذا الاختلاف تظهر في مسائل حتى صحت هذه الاجازة عندنا في مشاع يحتمل القسمة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعد الاجازة وعند الشافعي ينعقد هبة من الوارث حتى انه ان سلم اليه يصح وان لم يسلم اليه بطلت ولايجبر عليه كذا في المبسوط والصحيح قولنا لان الاجازة لازالة المانع والحكم يضاف الى السبب لا الى ازالة المانع **قوله** وليس من شرطه القبض اي عندنا لان المجاز له يملكه من جهة الموصي لامن جهة الوارث فلا يشترط القبض (قوله)

قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رح تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم **قال** ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه

قوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث انما جمع بينهما بطريق التشبيه من حيث مجرد النفع العائد اليهم عند بطلانها لا غير وان كان بينهما افتراق من حيث ان الوصية لو لحقتها الاجازة تصح والميراث لا يصح وان اجيزوا وانما افترقا لان اجازة العبد ورده انما يعمل فيما كان من جهة العبد والوصية تمليك من جهة العبد فجاز ان تعمل الاجازة فيها ولا كذلك الميراث لانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا تعمل فيه اجازة العبد لذلك والمعنى ان نفع بطلانها لما كان عائدا اليهم كان الموصى به حقهم والورثة بالاجازة اسقطوا حقهم فيجوز *

قوله ولانهم لا يرضونها للقاتل وهذا التعليل لبيان ان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار انهم لا يرضونها ظاهرا كما لا يرضونها لاحدهم ثم الورثة لو رضوا بالوصية لاحدهم تجوز فكذا للقاتل وما قاله ابو يوسف رح لان جنايته باقية والامتناع لاجلها اي حرمانه كان بطريق العقوبة قلنا لا نسلم انه كان بطريق العقوبة الا ترى انه يستوي فيه الخاطئ والعامد وان كان الخاطئ لا يستحق العقوبة وانما حرمانه دفعا للغيظ عن الورثة حتى لا يشاركهم في مال ابيهم من سعى في قتله وهذا ينعدم باجازة الورثة واما الصبي فهو بمعزل من الغيظ (لقصور)

ويعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار * **قال** الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد

لقصور عقله فلا يغيظ فعله الورثة مثل غيظ البالغ اياهم فلا يثبت في حقه ما ثبت في البالغ *

قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت حتى لو اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن يصح وصيته لاخيه بخلاف ما لو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات ابنه يبطل الوصية وفي فتاوى قاضي خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وتبطل الوصية للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرثه وتبطل الوصية للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار صح الاقرار كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره له عندنا وقال زفر رحمه الله اقراره صحيح لان الاقرار موجب للحق بنفسه فانما ينظر الى حالة الاقرار وقد حصل لمن ليس هو بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها وبهذا فارق الهبة والوصية لانه مضاف الى ما بعد الموت حقيقة او حكما ولنا انه وارث بسبب كان قائما وقت الاقرار فتبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل وهذا لان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار تثبت صفة الوراثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين ان الاقرار حين حصل كان للوارث (و)

قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لَا يَنْهَاكُمُ اللّٰهُ عَنِ الَّذِيْنَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّيْنِ الآيه والثاني لانهم بعقد الذمة ساؤوا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآيه *

قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد *

قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين *

وبخلاف ما لو اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل عن المريض في المعنى للمولى وانه اجنبي منه وبان صار العبد من ورثته بسبب قائم وقت الاقرار لا يبطل ذلك الاقرار *

قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة ولا يقال الوصية اخت الميراث والكافر لا يرث من المسلم لان الوصية ليست بميراث مطلقا لانها يشبه الهبة من حيث انه يملك بتمليك الموصي فالحقناه بالهبة وفي الجامع الصغير الوصية للحربي هو في دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآيه وفي السير الكبير ما يدل على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل فان فعل جاز **قوله** ويستحب ان يوصي (١)

قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رح وهو احد قولي الشافعي رح وهو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول *

قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته انما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة

الانسان بدون الثلث روي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالا لان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث الكاشح العدو والذي اعرض ولك كشحه الكشح مابين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح والعدو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصرف افضل لان التصدق على المحب الصديق مما يميل اليه النفس لمحبته وصداقته وفي التقريب الكاشح المنظور اليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه لان نفسه لا تدعوه الى التصدق عليه فكان ترجيح معنى القرابة في الاحسان اولى من ترجيح جانب المحبة خصوصا اذا كان ذلك متضمنا مخالفة النفس وقهرها فكان هو اولى لا محالة *

قوله والموصى به يملك بالقبول اي بالقبول بعد موت الموصي وبعد القبول يلزمه ولا يصح رده على ورثته بلا رضاهم لانه بالرد مملك لهم **قوله** الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس (١)

قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها *

قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه لنيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصية في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال اعتبرناه بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته وقت المباشرة فلا يملكه تنجيزا او تعليقا

ان يبطل الوصية وفي بعض المواضع القياس ان يكون ورثته بمنزلته في الرد والقبول وفي الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا او قبلوا *

قوله ولا تصح وصية الصبي اي سواء مات قبل الادراك او بعده **قوله** وقال الشافعي يصح اذا كان في وجوه الخير لانه نظر له لصرفه الى نفسه في نيل الزلفى قال الشافعي على هذه النكتة لا يلزمني عدم صحة اسلامه فان اسلامه لا يصح بنفسه وقبول الهبة والصدقة لا يصح منه مع ان في كل منها نظراله لان ما فيه منفعة الصبي اذا امكن تحصيله له بوليه لا يعتبر فيه عقله ورشده والاسلام يحصل له بغيره وكذلك قبول الهبة والصدقة فاما اكتساب الاجر بالوصية فلا يمكن تحصيله له بغيره **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا يعني كان هو بالغا ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بالغا بطريق المجاز الا ترى ان عمر رضي الله عنه لم يستفسر ان وصيته كانت لعمل القربة او لغيره كذا في المبسوط (قوله)

كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه *

قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح ردالها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حرثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى *

قوله كما في الطلاق والعتاق اي لايملكها تنجيزا وتعليقا قوله فتصح اضافته الى حال سقوطه كما اذا قال اذا اعتقت فثلث مالي لفلان قوله ردالها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حرثم عتق فملك والخلاف فيها معروف اي عند ابي حنيفة رح لايعتق وعندهما يعتق قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية وفي الجامع الصغير التمرتاشي اوصى لرجل بما في بطن امته او دابته صح اذا ولدته لاقل من ستة اشهر علمنا بوجوده عند موت الموصي ثم قال الوصية بما في البطن جائزة اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من موت الموصي لعلمنا بوجوده وقتئذ والطحاوي يعتبر المدة من وقت الوصية في الوصية للحمل وبالحمل فان ولدت لاكثر من ستة اشهر فلا وصية له الا اذا كانت الام معتدة فله الوصية اذا ولدت الى سنتين للحكم بوجوده بثبات نسبه وصاحب الهداية اختار قول الطحاوي حيث قال اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من اهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لما بينا فلشبهها بالهبة اذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول ولشبهها بالارث لايشترط القبول اذا حصلت لمن لايتصور منه القبول عملا بالشبهين (قوله)

قال ومن اوصى بجارية الاحملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان مايصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لافرق بينهما ومالا يصح افراده بالعقد لايصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع *

قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع *

قال واذا صرح بالرجوع او فعل مايدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لوفعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولايمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لايمكنه تسليمه بدون الزيادة ولايمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لاتنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لايكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة

قوله اذ لافرق بينهما اذ يعتمد كل واحد منهما على ان يكون المحل معلوما فكما لايصح ايراد العقد على المجهول لايصح استثناء المجهول منه وهذا لان الاستثناء هو المنع فما يصح اثبات الحكم فيه على الانفراد يصح منع الحكم عنه والاستثناء ههنا موجود لان باب الوصية اوسع فالحمل وان كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ماتناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية كما يجعل المعدوم فيه موجودا لهذا المعنى قوله واذا صرح بالرجوع (او)

فكان تقريرا *

اوفعل مايدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فمثل قوله رجعت عما اوصيت به لفلان اونحوه وفي الذخيرة والرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة وقد يثبت ضرورة والرجوع دلالة انواع احدها استهلاك الموصى به حقيقة اوحكما حتى ان من اوصى لانسان بثوب فقطعه وخاطه قميصا او وصى بقطن فغزله ونسجه اواوصى بحديدة فاتخذ منها سيفا فهذه التصرفات دلالة الرجوع لانها استهلاك العين حكما الا ترى انه ينقطع ملك المغصوب منه بهذه التصرفات ونوع من ذلك ان يخلط الموصى به بغيره خلطا لا يمكن التمييز اصلا كما اذا كان الموصى به سويقا فلته بسمن ونوع من ذلك ان يحدث نقصانا في الموصى به حتى خرج الموصى به عن هيئة الادخار والبقاء الى يوم الموت كما اذا اوصى بشاة لانسان ثم ذبحها فهذا رجوع عن الوصية واما الرجوع ضرورة ان يتغير الموصى به ويتغير اسمه لان الموصى له انما يستحق الموصى به بعد موت الموصي بذلك الايجاب وبذلك الاسم فاذا تغير الموصي به وتغير الاسم لو استحق الموصى له لايكون الاستحقاق بذلك الاسم بيان هذا اذا اوصى بحنطة لانسان فهبت الريح بالحنطة والقتها في الطاحونة قبل موت الموصي حتي صارت دقيقا بطلت الوصية كذا اذا اوصى بالكفرى في نخلة فصار رطبا قبل موت الموصي اواوصى بعنب في كرمه فصار زبيبا قبل موت الموصي اواوصى ببيضة فحضنت دجاجته على البيضة حتى اخرجت فراريخ قبل موت الموصي بطلت الوصية وان كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي قبل قبول الوصية اوبعده لاتبطل الوصية لان التغير حصل بعد تمام الوصية وعملها لان تمام الوصية بالموت فلا يوجب بطلانها ولو اوصى برطب فصار تمرا قبل موت الموصي لايبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب مع التمر جنس واحد ولهذا جاز استيفاء احدهما مكان الآخر في السلم ولهذا جاز بيع الرطب بالتمر متماثلا عند ابي حنيفة رح فلم يتغير الموصى به واما في فصل العنب الموصى به قد تغير وكذلك الاسم *

قوله فكان تقريرا اي تقريرا للوصية ليصل الموصى به الى الموصى له على الطف حال (قوله)

قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فاذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا

قوله ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكره في الجامع الكبير محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وما ذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف رح وهو الاصح لابي يوسف رح ان الرجوع نفي الوصية في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا الا ترى ان جحود التوكيل عزل وجحود المتبايعين اقالة ولمحمد رح ان الرجوع عن الشيء تقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه اذ الجحود نفي اصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال او يقال العدم في السابق من لوازم الجحود والوجود في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللازمين يستلزم تنافي الملزومين والا يلزم احد المحالين وهو الجمع بين اللازمين المتنافيين او وجود الملزوم بدون اللازم فكان بين الرجوع والجحود منافاة ضرورة كونهما ملزومين فلا يكون الجحود رجوعا لان احد المتنافيين لا يكون مستلزما للآخر ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة **قوله** واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا وذلك لان الجحود لما كان نفيا في الماضي (و)

لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان الفلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذاك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا تزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابوحنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابوحنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث

والانتفاء في الحال ضروري فيكون النفي في الماضي متضمنا للانتفاء في الحال فمهما كان كاذبا في النفي لم يثبت المتضمن واذا لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتا في الحال *

قوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة وهذا لان هذا اللفظ يقطع شركة الاول عن الثاني بخلاف ما لو اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان هذا اللفظ لا يقتضي قطع الشركة ولهذا لو جمع بينهما بان قال هو لفلان ولفلان لا ينقطع شركة الاول **قوله** وقد ذكرنا حكمه وهو ان الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا **قوله** فهي للورثة اي ورثة الموصي لا لفلان ولا لورثته والله اعلم *

باب الوصية بثلث المال

قوله ولا يضرب ابوحنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث قالوا ضرب في ماله (سهما)

الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه

سهما اي جعل وعلى هذا في المختصر ابو حنيفة رح لايضرب الموصى له فيما زاد على الثلث على حذف المفعول كانه قيل لا يجعل له شيئا فيه ولا يعطيه كذا في المغرب *

قوله الا في المحاباة وصورتها ان يكون له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع واحد منهما لفلان بمائة والآخر لفلان آخر بمائة فههنا قد حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة رح وجب ان لايضرب الموصى له بالالف بجميع الالف لانها يزيد على ثلث المال وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبديه وقيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولامال له غيرهما ان اجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجزوا يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي **قوله** والدراهم المرسلة اي المطلقة وهي ما كانت وصية بشيء بغير عينه ولم ينسب الى جزء من المال وهي ان يوصي لرجل بالف وللآخر بالفين وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى له بثلث ماله وللآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية لا يخرج من الثلث كذا في شرح الطحاوي (قوله)

قلج

كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلكت واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة *

قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح تجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا *

قوله كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اي يبطل المحاباة ببطلان البيع ويصح بصحته **قوله** بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة اي حق الموصى له تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وحق الورثة متعلق بعين التركة ايضا فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة لان الوصية فيها لا يتعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قوله** واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وكذا لو اوصى بنصيب ابنته هذا اذا كان الابن او الابنة موجودا اما اذا لم يكن فالوصية جائزة **قوله** نظرا الى الحال اي فنظر زفر رح الى الحال اي الى ان الكل ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير **قوله** جوابه ما قلنا اي انه وصية بمال الغير*

قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولايزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولايزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لامزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض عنه وقد رفعه الى النبي ع م فيما يروي ولانه يذكر و يراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة

قوله ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولايزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح فهذه الرواية يفيد انه لاينقص عن السدس ولايزاد عليه وفي المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله مثل اخس سهام ورثته الا ان يكون اخس سهام الورثة اكثر من السدس فلايزاد عليه في قول ابي حنيفة رح وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز ابوحنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية الهداية يخالفهما حيث لم يجوز الزيادة ولا النقصان وقيل من هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين ابن المصنف قوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس وقالا له مثل نصيب احد الورثة اي له اقل الانصباء لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس يزاد عندهما ولكن لايزاد على الثلث صورة هذه المسئلة اذا اوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا يعطى له السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى له الربع **قوله** هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام روي ان ابن مسعود رض سئل عمن اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وروي ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله عليه السلام في ذلك بالسدس **قوله** فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس وهو اياس بن معاوية القاضي بالبصرة (قوله)

فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء *

قال ولو اوصي بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان *

قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة *

قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لايمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما *

قوله فيعطى ما ذكرنا اي الاقل من سهام الورثة ومن السدس للتيقن به والاكثر منهما كيلا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين ورواية هذا الكتاب الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه لايوافقها قوله فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير **قوله** المعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة اي الاعم الاغلب اما اذا دل الدليل على انه اريد بالثاني غير الاول لم يكن عينه اذا كما في قوله تعالى اِنَّآ اَنْزَلْنَآ اِلَيْكَ الْكِتٰبَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتٰبِ **قوله** وصارت الدراهم كالدرهم يعني لو اوصى بالدرهم الواحد وله ثلثة دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقي ان خرج من ثلث ما بقي من ماله بالاتفاق وكذا الوصية بالدراهم وانما يصرف الهلاك اولا استحقاق على الشركة ويجعل الباقي على الشركة لو استوى الحقان ولم يكن احدهما مرتبا على الآخر وههنا لم يكن مساويا لان حق (١)

قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور **قال** ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين تبخيس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه *

الموصى له مقدم على حق الورثة فيصرف الهلاك الى المؤخر تقديما للمقدم بخلاف الاجناس المختلفة حيث لا يمكن جمع نصيب الحق المؤخر في الهلاك فلهذا لا يجري فيه الجبر على القسمة لان معنى المعاوضة فيه راجح ومبنى المعاوضة على التراضي دون الجبر فلهذا هلك ما هلك على الشركة وبقي ما بقي عليها *

قوله وبدون ذلك يتعذر الجمع يعني الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدونه بل يتعذر ولا قضاء فيما نحن فيه فلم يتحقق الجمع اجماعا ولكن الاول اشبه للفقه المذكور وهو ما سبق انه متى امكن الجمع جبرا امكن جمعه تقديما الا ترى انه امكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا اوصى بثلث الغنم وثلث الدراهم فكان الاول اصح **قوله** ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال اي الدين ليس بمال في الحال انما يصير مالا في المآل عند الاستيفاء والعين مال مطلقا في جميع الاحوال * (قوله)

قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث

قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال

قوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت اي وقت الوصية فالثلث كله لزيد اما اذا كان حيا ثم مات فلزيد نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الموصي ان مات عمرو قبل الموصي وان مات بعده فنصيبه من الثلث لورثته **قوله** لان الوصية عنده صحيحة اي عند الموصي (قوله)

وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث والفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد رح انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان

قوله وعلى هذا يخرج الكثير من المسائل منها ما ذكر في المبسوط لو قال بقفيز حنطة من مالي او بثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له **قوله** واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وفي الذخيرة اذا اوصى لام ولده بثلث ماله في صحته او في مرضه ثم مات فانه يصح الوصية لها من الثلث وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها والعتق يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة ايضا فيكون وصية للامة وهي باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حال الموصي انه يقصد بالايصاء وصية صحيحة لا باطلة والوصية انما يصح ان لو كانت مضافة الى ما بعد عتقها وكذا المدبرة الا انه ينظر ان خرجت الوصية ورقبتها من الثلث كان لها ذلك والا يصرف الوصية الى الرقبة فان فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث والوصية لعبده بعين لم تجز لانه وصية لمولاه وهو وارث وبثلث ماله يصح ويكون وصية بالعتق **قوله** لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان قيد بقوله في الميراث احترازا عن فصل الذكوة فان لفظ الجمع هنا ينصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معنى الميراث من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت فكان الجمع مصروفا هناك ايضا الى الاثنين فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يبطل فيه معنى الجمع ويصير للجنس قيل له تخلف الحكم عن (ذلك)

نجد ذلک فی القرآن فکان من کل فریق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا یقسم علی سبعة
ولهما ان الجمع المحلی بالالف واللام یراد به الجنس وانه یتناول الادنی مع احتمال الکل
لاسیما عند تعذر صرفه الی الکل فیعتبر من کل فریق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة للثلث

قال ولو اوصی بثلثه لفلان وللمساکین فنصفه لفلان ونصفه للمساکین عندهما وعند محمد رح
ثلثه لفلان وثلثاه للمساکین ولو اوصی للمساکین له صرفه الی مسکین واحد عندهما وعنده لایصرف
الا الی مسکینین بناء علی ما بیناه **قال** ومن اوصی لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر
قد اشرکتک معهما فله ثلث کل مائة لان الشرکة للمساواة لغة وقد امکن اثباته بین الکل بما بیناه لاتحاد
المال لانه یصیب کل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصی لرجل باربع مائة ولآخر بمائتین
ثم کان الاشراک (حیث کان له نصف ما اوصی لکل واحد منهما) لانه لایمکن تحقیق المساواة بین
الکل لتفاوت المالین فحملناه علی مساواة کل واحد بتنصیف نصیبه عملا باللفظ بقدر الامکان *

ذلک الاصل هنا لمعنی آخر وهو ان الوصیة اخت المیراث واقل الجمع فی باب الارث
اثنان فکذا فی اخته فان قیل انما یتأتی هذا الجواب ان لو بقی جمعا قیل له انما تبطل الجمعیة
لئلا یلزم التنکیر والنکارة والجهالة فی الوصیة متحملة ولهذا لو اوصی بثمرة بستانه ولا ثمرة
له او بثلث ماله ولا مال له ثم استفاد مالا صحت الوصیة مع الجهالة فی اصله وقدره *
قوله نجد ذلک فی القرآن قال الله تعالی وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ والمراد من الاخوة اثنان
فصاعدا **قوله** ثم کان الاشراک ای قال للثالث اشرکتک معهما فیما اوصیت لهما کان له
النصف من کل واحد منهما جمیعا لتفاوت المالین وان اوصی لاحدهما بجاریة
ولآخر بجاریة اخری وقیمتهما سواء ثم قال لآخر قد اشرکتک معهما فله الثلث من کل
واحد منهما عند ابی یوسف ومحمد رح وعند ابی حنیفة رح له من کل واحد نصفها لانه
لایری قسمة الرقیق فصارت بمنزلة وصیتین مختلفتین وابو یوسف ومحمد رح یجوزان
قسمة الرقیق فصار کانه اوصی بالالف لهذا وبالالف لهذا ثم اشرک ثالثا معهما * (قوله)

قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلک لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر ووجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة

قال وان اوصى بوصايا غير ذلک يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الدّ خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا اعزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلک لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره *

قوله دينا شائعا في النصيبين وهذا لانه دين في حق المستحق فكان شائعا في النصيبين باعتباره ووصية في حق التنفيذ لانا صححناه بجعل ذلک منه وصية وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث التركة فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا لان ثلث التركة في ايديهم والورثة بثلثي ما اقروا لكون الثلثين في ايديهم تنفيذا لاقرار كل فريق في حقه فان اقر المريض مع ذلک بدين مسمى فالمسمى اولى لانه اثبت الاقرار ولو قال ما ادعى فلان من مالي فهو صادق قال ابو الليث رح لا رواية وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان سبق منه دعوى في شيء معلوم فهو (له)

قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين اودين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضاً لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا *

له والا فلا شئ وفي اللآلي لو قال كل من يدعي شيئا فاعطوه فهو باطل الا ان يقول ان رأى الوصي ان يعطيه فاعطوه فحينئذ يعطي من الثلث وفي النوازل لو قال ان ادعى على احد ما بين الف الى خمسمائة فاعطوه ان لم يقيد الاعطاء برأي الوصي او برأي رجل معلوم فالوصية باطلة *

قوله وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي اي الايصاء لوارثه والاجنبي يخالف الاقرار لهما هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبي شركة الوارث او الوارث انكر شركة الاجنبي فالاقرار باطل ايضا وقال محمد رح يصح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الاخر ولهما ان حق الوارث لم يفرز من حق الاجنبي وانما وجبه مشتركا بينهما فلا يمكن اثباته بدون هذا الوصف **قوله** وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء اي في حق الاجنبي وبطلانا اي في حق الوارث وهذا لان الوصية انشاء تصرف اي اثبات امر لم يكن والشركة تثبت حكما له وحكم الشئ (هو)

قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل *

قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولاحق له فيهما وصاحب الرديء لاحق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة *

قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح نصفه للموصى له

هو الاثر الثابت به فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه ولم يصح تصرفه في حق الورثة فلم توجد علة ثبوت الشركة فاذا لم تثبت الشركة صح تصرفه في حق من يستحقه وهو الاجنبي وبطل في حق الوارث *

قوله ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يريد بهذا ان الورثة يجحدون بقاء حق واحد منهم بعينه ويقولون حق واحد منكم بطل ولا يدرى من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا فالوصية باطلة لانه اذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه لا فائدة في بقائها فبطل كذا ذكره الصدر الشهيد

قوله وكان المستحق مجهولا كما اذا اوصى لاحد هذين الرجلين فان الوصية باطلة لما قلنا ان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي (قوله)

وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فنفذ الاول وتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير اولانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين

قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع قيد بقوله في هذه القسمة لان الدار جنس واحد (فيكون)

فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقرله والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ *

قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي *

قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهو استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث *

فيكون الافراز في قسمة الدار الواحدة راجحا ولهذا لا يجرى الجبر فيها بالاجماع ولان معنى المبادلة وان كان راجحا في العقار الا ان في هذه القسمة معنى المبادلة تابع تصحيحا لتصرف الموصي وباب الوصية اوسع ولهذا يصح بالمعدوم وعلى خطر الوجود كالثمر والغلة *

قوله فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت (١)

فلو

قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذ اولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رح وقال ابي حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن

الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد رح وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار لكل احد عشر *

قوله ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي اي قبل القبول وقبل القسمة **قوله** كما في البيع والعتق يعني فتسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا اعتق جارية حاملا عتق ولدها تبعا فاذا ولدت يبقى الولد كذلك عتيقا ونقول اذا اوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة فان العتق ينفذ فيهما وان لم يخرجا من الثلث يوزع بينهما **قوله** وله ان الام اصل اي اصل في الوصية لان الايجاب تناولها قصدا والولد تبع في الايصاء *

ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة والله اعلم بالصواب *

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان العين الثاني مؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث

قوله ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض قيد باتصال القبض بالولد للمقابلة لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل والا فلا **قوله** هذا اذا ولدت قبل القسمة اي قبل القبول ايضا فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت من حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشائخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لانه لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا والله اعلم بالصواب *

فصل في اعتبار حالة الوصية

قوله لان الاقرار ملزم بنفسه اي لا يتوقف على غيره حتى ترتبت عليه الاحكام من صحة اعتاق المقر له واقراره لغيره وغير ذلك من الاحكام *

(قوله)

والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث *

قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح *

قوله والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت فان قيل يشكل بما اذا وهب المريض في مرض موته جارية لرجل فانه يحل للموهوب له وطيها ولا يحل للموصى له ذلك قلنا حل الوطئ مبني على الملك والملك يثبت للموهوب له بالقبض ولكن على عرضة الانتقاض لظهور الدين عند الموت وذلك لا يمنع حل الوطئ كما في الاستحقاق والرد بالعيب قلنا حل الوطئ بناء على ثبوت الملك اعتبارا بجهة التنجيز وقلنا ببطلانه بالدين اعتبارا لجهة الاضافة وانما تجعل الهبة بمنزلة الوصية اذا كان الموهوب له قد قبضه فاما اذا كان قبل القبض فانها تبطل **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق اي يبطل الاقرار والوصية والهبة كما لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب *

(قوله)

قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لايشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم *

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا اوباع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد

قوله اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت ومدة التطاول مقدرة بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف **قوله** لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه لان المغير لحكم التصرف مرض الموت وهو ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون كذلك اذا كان بحال يزداد حالا فحالا الى ان يكون آخره الموت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت فلا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه وانما يكون في حكم المرض في اول ما اصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب الدق والسل قبل ان يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض لان الانسان قل ما يخلو عن قليل مرض فما دام يخرج في حوائجه بنفسه ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام قاضيخان والله اعلم *

باب العتق في مرض الموت

قوله كالضمان والكفالة والضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة (كما)

ومانفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله

قال وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لايقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لايلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذلك المحاباة لايلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولايقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لايلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها

كما اذا قال لاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري *

قوله ومانفذه من التصرف كالاعتاق والهبة **قوله** الا العتق الموقع في المرض اي العتق المنفذ **قوله** والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح احترازعما لو قال هو حر بعد موتي بيوم او قال اعتقوه بعد موتي فليس هذا هو العتق الذي يبتدأ به والحرف فيه ان مايكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى اسبق مما يحتاج الى التنفيذ والترجيح يقع بالسبق توضيحه ان العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وهنا بنفس الموت يصير مستوفيا حقه والدين مقدم فكذا ما في معناه وقيل قوله كالتدبير الصحيح احتراز عن التدبير (المعتل)

ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابوحنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

المعتل مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او من سفري هذا او من مرض كذا والتعليل بقوله لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ يعني العتق الموقع والتدبير الصحيح لا يلحقه الفسخ وكذا المحاباة في البيع لانها في ضمن البيع فيلزمه بلزومه بخلاف التدبير المقيد فانه يلحقه الفسخ من جهة الموصي بالبيع وهذا خلاف الرواية وفي المبسوط ولو قال ان حدث بي حدث من مرضي هذا فهو حر فانه يبدأ به قبل سائر الوصايا *

قوله ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت لان ازمان التقرر بعد الموت والكل يتقرر معا **قوله** وعلى هذا قال ابوحنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم (الثلث)

وهذا اشبه **قال** ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه **قال** ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا اخرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته *

الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق فان قيل ينبغي ان يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى راجحة على العتق والمساوي للمرجوع مرجوح وكذا في المسئلة الثانية ينبغي ان لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يرجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير *

قوله وهذا اشبه اي بالصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك شيء منه **قوله** لانه يتلقى الملك من جهته اي الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي فيكون ولي الجناية مقدما عليه ايضا **قوله** الا ان ملكه اي ملك الموصي فيه باق لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق لما بينا ان ملك الميت باق لحاجته وهذا لان ملك الورثة ملك خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الاصل عنه وهذا جواب اشكال وهو ان يقال لما كان حق ولي الجناية مقدما على حق الموصي والموصى له ينبغي ان تبطل الوصية قبل الدفع والجواب عنه ان ملك الموصي فيه باق ما لم يدفع به وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصي فاذا دفع زال ملكه فيبطل الوصية * (قوله)

فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين **قال** الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه *

قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة

قوله وان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متطوعين **قوله** وهو خصم في اقامتها جواب من اشكال على قول ابي حنيفة رح فان العتق عنده حق العبد فلا بد من الخصومة والدعوى حتى يقبل البينة ولم يوجد الدعوى من العبد فينبغي ان لا يقبل البينة على العتق فاجواب عنه ان البينة انما وجدت من الخصم فان الموصى له بهذه البينة يثبت لنفسه حقا فيكون خصما والبينة من الخصم مقبولة **قوله** والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على (المعتق)

ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء *

فصـــــل

قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة

المعتق دين لان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد له في شئ فهذا مثله وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد يجعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا لذلك *

قوله ولا يمكن اسناد العتق وهذا لان العتق لم يظهر الا ومعه الدين وانه يمنع ظهور العتق مجانا في المرض واسناد العتق الى حالة الصحة يكون بعد ثبوته فصار الدين مانعا اسناد العتق الى الصحة فبقي العتق مقصورا **قوله** وعلى هذا الخلاف وفي شرح الجامع الصغير وشروح المنظومة الخلاف على عكس هذا فعندهما الوديعة اقوى وعنده هما سواء والله اعلم *

فصـــــل

قوله ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها الوصايا ما لا يخلو (اما)

اذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض *

اما ان يكون كلها لله تعالى اوكلها للعباد وما كان لله تعالى فلا يخلوا اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والصوم والحج والصلوات اوكله واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر اوكله تطوعا كالوصية بحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها فان جمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ما اوصى فانه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك فان اجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر ان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرائض فانه يبدأ بما بدأ به الميت وان كانت واجبات فانه يبدأ بما بدأ به ايضا وكذلك لو كانت كلها تطوعا فان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها تطوعا فانه يبدأ بالفرائض اولا وان اخرها ثم بالواجبات ثم بالتطوع *

قوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد قال الله تعالى وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ الآيه وقال الله تعالى وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ مكان قوله ومن لم يحج وقال عليه السلام من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا وان شاء مات نصرانيا **قوله** والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وانما قيد بهذه الكفارات الثلث في التقديم على صدقة الفطر لما ان صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر لان كفارة الفطر ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر باخبار مستفيضة والاجماع **قوله** على هذا القياس تقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان صدقة الفطر مقدمة على النذور لان صدقة الفطر وجبت بايجاب الله تعالى فيقدم على الواجب بايجاب العبد والنذور والكفارات كلها مقدمة على الاضحية لان الاضحية اختلفوا في وجوبها ولم يختلفوا في وجوب النذور والاضحية مقدمة على النوافل ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها لان كفارة القتل اقوى الا ترى ان الاسلام شرط في ذلك (ثم)

قال وماليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بيناه وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فيتفرد كما يتفرد وصايا الآدميين

قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه

قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها رأسا *

ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لان كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اقوى *

قوله وماليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي بان اوصى بان يحج عنه تطوعا او اوصى بان يعتق عنه نسمة تطوعا ولم يعينها او اوصى بان يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت وانما كان كذلك لان الموصى له في هذه الصورة واحد وهو الله تعالى لان الوصية بالحج صحت وكذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى لا للعبد لان العبد اذا لم يكن بعينه كان مجهولا والوصية للمجهول لا تصح فثبت ان الموصى له واحد والمقصود واحد وهو التقرب الى الله تعالى **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم **قوله** وصار كما اذا صرح بذلك وهو ان يقول ابدأ وانما بدأت به هذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا رح انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء بدأ بالصدقة ام اخرها **قوله** قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فيجعل (كل)

وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل *

قال ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال ابويوسف ومحمد رح يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم بالصواب *

كل جهة من جهات القربة مفردة ولا يجعل جهة واحدة نحو ان يقول ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة من هذه غير الجهة الاخرى والمقصود وان كان متحدا وهو القربة ولكن تعتبر الجهة المسماة لان الجهة هي المنصوص عليها وهو كما اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم وان كان المقصود من الجميع القربة ثم ما اصاب القرب يصرف اليها على الترتيب الذي ذكرنا *

قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل والفرق وقع على قول ابي حنيفة رح وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله وله انه وصية بعتق عبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ لغير الموصى له الى آخره **قوله** ومن خرج من بلده حاجا قيد بقوله حاجا لانه لو خرج للتجارة فانه يحج من بلده بالاتفاق واليه اشار بقوله بخلاف سفر التجارة **قوله** على ما قررناه اراد به قوله قبل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده الخ والله اعلم * (باب)

قلط *

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل مَن يَسْمَعُ النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لابد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رح وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قوله وما يروى فيه ضعيف وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا واشار الى الجوانب الثلثة يمين ويسار وخلف قلنا هذا خبر لا يعرف وقد طعن في روايته مع ذلك **قوله** ويدخل فيه العبد الساكن عنده اي عند ابي حنيفة رح لاطلاقه اي لاطلاق اسم الجار وعندهما لا يدخل وفي الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبد والاماء (و)

وان كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت *
قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل **قال** ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام

والمدبرون وامهات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى من غير ذكر خلاف والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لا تدخل لان سكناها غير مضاف اليها فلم تكن جارا حقيقة *

قوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها وان كانت ترث منه بان كان الطلاق في حالة المرض كذا في المغني **قوله** ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه الى آخره وحاصله ان عند ابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة ستة اشياء احدها ان يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم محرم من الموصي والثاني ان ذلك لا يتفاوت من قبل الاباء والامهات والثالث يجب ان يكون ممن لا يرث والرابع ان يقدم الاقرب فالاقرب والخامس ان يكون المستحق به اثنين فصاعدا والسادس ان لا يدخل فيه الوالد والولد ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة وهلال عن ابي يوسف رح انه لا يدخل وقال صاحباه الوصية لكل من نسب الى اقصى اب له في الاسلام وفي المبسوط كان هذا في زمن محمد رحمه الله لان في زمنه ما كان في اقرباء الانسان الذين ينسبون الى اقصى اب له كثرة واما في زماننا فيهم كثرة ولا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى اولاده وجده وجد ابيه واولاد امه وجدته وجدة امه لا يصرف الى اكثر من ذلك *
(قوله)

وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشائخ رح وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي مافرطه في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لايسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولامعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده رح يقيد بماذكرنا وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب الادنى *

قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لايعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية ونصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب

قوله وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشائخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم وهو ما اذا كان الموصي علويا فعلى القول الاول اقصى اب اسلم علي رضي الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر رح وعلى القول الثاني اقصى اب ادرك الاسلام ابوطالب فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام **قوله** ولامعتبر بظاهر اللفظ جواب اشكال على قولهما وهو ان يقال انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو اسم القرابة فوجب التساوي في الاستحقاق اصله اذا اوصى لبني فلان فاجاب انه لامعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند ابي حنيفة رح يقيد بالاقرب (فا)

ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا و خالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته اولاقربائه اولانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف *

قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وَسَارَ بِأَهْلِهِ ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة *

قال ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه اولجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الام والاب

فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب الادنى اي يدخل من قرابة الموصي من قبل ابيه وامه من يجمعه الى ادنى اب منسوب اليه ولا يدخل ماوراء الادنى من قرابته عنده *

قوله ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمعية **قوله** لانها مقيدة بهذا الوصف لان غرضه الصلة لاقربائه وما كان بطريق الصلة يختص بذي الرحم المحرم كالنفقة **قوله** وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته ولكن لا يدخل تحت هذه الوصية مماليكه وان كان يضمهم بنفقته **قوله** لان الانسان يتجنس بابيه لان الجنس عبارة عن النسب والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه فان سمعيل عليه السلام كان من هاجر وكان من جنس قوم ابيه وابراهيم رضي الله عنه (ابن)

ولو اوصى لايتام بني فلان اولعميانهم اولزمنائهم اولاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء

ابن رسول الله عليه السلام كان من جنس قريش واولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة فعلمنا انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام كذا في المبسوط *

قوله ولو اوصى لايتام بني فلان فاليتيم اسم لصغير مات ابوه لقول النبي عليه السلام لايتم بعد الحلم ولان اليتم عبارة عن الانفراد يقال درة يتيمة اي لا نظير لها فهي منفردة فمن انفرد عمن تربيه في حال حاجته الى التربية كان يتيما وبعد البلوغ فقد استغنى عمن تربيه لقدرته على القيام بمصالح نفسه فلا يسمى يتيما فان قيل اليس ان الكفار كانوا يسمون رسول الله عليه السلام يتيم ابي طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى لنبيه فانهم كانوا يسمون اليتيم وليس بيتيم فلا يتناوله بسهم كما كانوا يسمونه مذمما فيسمون المذمم ولا يتناوله لانه كان محمدا عليه السلام ثم يدخل فيه الفقير والغني ههنا لتحقق معنى اليتيم في الفريقين **قوله** ان كانوا قوما يحصون وتفسيره عند ابي يوسف ان يحصوا بغير كتاب وقال محمد رح اذا كانوا اكثر من مائة فهم لا يحصون وقال بعضهم مفوض الى رأي القاضي وعليه الفتوى والايسر ما قاله محمد رح كذا في فتاوى قاضيخان **قوله** وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة اما اليتم والعمى والزمانة فظاهر وكذا الارامل لانها جمع ارملة وهي المرأة التي مات زوجها او فارقها وهي فقيرة وفي المغرب ارمل افتقر من الرمل كادفع من الدفعاء وهي التراب ثم قال وفي التهذيب يقال للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل او امرأة ارمل ولا يقال للتي لا زوج لها وهي موسرة ارملة وقال الشعبي الانوثة ليس بشرط بل يدخل فيه الذكر والانثى الا ان الصحيح ما فسره محمد رح ان الارملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها او مات عنها دخل بها او لم يدخل وقوله حجة في اللغة وقال بعضهم الارملة التي لا زوج لها ولا يشترط انه كان لها زوج (قوله)

بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون اولايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ماينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على مامر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاؤهم

قوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون في الصحاح الشبان جمع شاب وكذلك الشبان وفي الايضاح وقال ابو يوسف رح اذا اوصى لشبان اهل بيته اولكهولهم اولمشائخهم فالشبان من خمسة عشر الى خمسين سنة الى ان يغلب عليه الشمط والكهل من ثلثين سنة الى آخر عمره والشيخ ما زاد على خمسين وجعل ابو يوسف رح الشيخ والكهل سواء فيما زاد على خمسين وروي عن محمد رح انه قال الغلام ماكان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب عليه الشيب يكون حينئذ شيخا والايم التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ورجل ايم ايضا وقد آمت ايمة والفقر فيه ليس بلازم فكذلك صار اسم الايامى بمنزلة اسم الشبان في انه لاينبئ عن الحاجة فبطلت الوصية فيما اذا كانوا لا يحصون وفي الجامع الكبير والايم اسم لكل امرأة جومعت بنكاح جائز او فاسد اولفجور لا زوج لها غنية كانت او فقيرة صغيرة كانت او بالغة هكذا فسره محمد رح وقيل ان الانوثة ليست بشرط والجماع ليس بشرط والصحيح ما فسره محمد رح كما ذكرنا **قوله** ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوله وانما يدخل الاناث تحت هذه الوصية فيما اذا اختلط الذكور والاناث واما اذا انفرد الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق **قوله** بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة (١)

ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين هذا لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى

او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث هذا اذا كانوا يحصون اما اذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة كذا في المبسوط وذكر في الجامع الكبير شمس الايمة وان كان في بني فلان موالي عتاقة وموالي اسلموا على ايديهم ووالوهم وفقراء موالي موال وحليف لهم وعديد هم يدخلون جميعا في الوصية يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم والحليف اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم فيحلفون له على التناصر والعديد من يعد نفسه منهم وهم وعدوا ذلك له من غير حلف وانما دخل الكل لان الايجاب ههنا تعلق بالنسبة الى القبيلة وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الاسباب * **قوله** ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى سواء اي في القسمة والاستحقاق حتى لو كانوا ذكورا واناثا يقسم بينهم بالسوية ولو كان الكل اناثا دخلن تحت الوصية لان الوصية حصلت باسم الولد واسم الولد يطلق على الاناث حالة الانفراد كما يطلق على الذكور ثم في مسئلتنا ان لم يكن لفلان الا ولد واحد كان الثلث كله له بخلاف ما لو اوصى لاولاد فلان وله ولد واحد فانه يستحق النصف ووجه الفرق بينهما ان الاولاد جمع واقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان فكان للواحد النصف كما لو اوصى لاقربائه وله عم واحد كان له النصف واما الولد فليس باسم جمع وانما هو اسم جنس ومطلق اسم الجنس يطلق على ادنى ما يطلق عليه الاسم كما لو حلف لا يشرب الماء ولا يتزوج النساء حيث يحنث بشرب قطرة ونكاح واحدة واذا اوصى لاولاد فلان وليس لفلان اولاد صلبية يدخل في الوصية اولاد البنين وهل يدخل اولاد البنات فيه روايتان **قوله** ومن اوصى لورثة فلان (فالوصية)

فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما ولي النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز

فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين هذا اذا مات الموصى لورثته ثم مات الموصي اما لو مات الموصي قبل ان يموت الموصى لورثته فالوصية باطلة *

قوله فصار كالاخوة يعني اذا اوصى لاخوة فلان فانه يصح ويدخل فيه الاخ لاب وام والاخ لام والاخ لاب لان الكل يسمى اخا لفلان فكذا ينبغي ان يدخل ههنا المولى الاعلى والمولى الاسفل لان كلا منهما يسمى مولى وهذا رواية عن ابي حنيفة رح **قوله** ولنا ان الجهة مختلفة لان المولى الاعلى منعم والمولى الاسفل منعم عليه بخلاف الاخوة لان اسم الاخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المتفرع من اصله فصار الاسم عاما لا مشتركا **قوله** ويدخل في هذه الوصية اي في الوصية لموالي اليه **قوله** وبخلاف ما اذا لم يكن له موال اي موالي عتاقة ولا اولاد الموالي اي اولاد موالي عتاقة (قوله)

ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه وابوه لانهم ليسوا بمواليه لاحقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم بالصواب *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات للحاجة كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما فى العارية

قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم هكذا وقع فى النسخ والصواب اعتقهم ابوه او ابنه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان التعليل الذي علل به انما يصح فى الذين اعتقهم ابنه او ابوه لا في موال اعتقهم الموصي لان اولئك مواليه حقيقة **قوله** بخلاف معتق البعض هكذا وقع فى النسخ لكن ليس هو بصواب انما الصواب ان يقال بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء واما معتق البعض فان عند ابي حنيفة رح لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لايدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما لو نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره والله اعلم بالصواب *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قوله وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز ذلك ابدا هذا عندنا وعند ابن ابى ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت لان المنافع الحاصلة بعد موته ليس بمملوكة فلا يصح تمليكها لغيره ولكنا نقول المنافع يحتمل التمليك ببدل كما فى الاجارة وبغير بدل كما فى الاعارة في حالة الحيوة فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان فان الاعيان يصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل كالبيع والهبة فكذا بعد الممات يصح (تمليكها)

فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية فى العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار ثلاثا للانتفاع لانه تمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه *

تمليكها ببدل بان اوصى بان يباع عبده اوبغير بدل بان اوصى بعبده لفلان وهذا لان الموصي يبقي العين على ملكه حيث يجعله مشغولا بتصرفه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف *

قوله فانها تمليك على اصلنا اى العارية تمليك المنافع على اصلنا وعند الشافعي اباحة المنافع **قوله** بخلاف الميراث لانه خلافة فالارث لا يجري فى الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا يتصور فيما يبقى بوقتين والمنفعة لا يبقى وقتين واما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة والاعارة **قوله** والمعنى يشملهما وهي حاجة الموصي **قوله** وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما اي ابدا اذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقتة واما اذا اوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة وليس له مال غير العبد ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصى له (يوما)

قال فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلوانتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداءً من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي رحمه الله ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده

يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين تم وصية الموصى له بالخدمة وان كان الوصية بخدمة سنة بعينها ومات قبل دخول تلك السنة ان كان العبد يخرج من ثلث ماله او لا يخرج ولكن اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصية وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى مضى السنة التي عليها فاذا مضت يسلم العبد للورثة وفي الايضاح ينظر الى الاعيان التي اوصى بها فان كان رقابها مقدار الثلث جاز ولا يعتبر قيمته الخدمة والثمرة والغلة والسكنى وانما اعتبر الاعيان دون المنافع لان المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت وبقي العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التي لا منفعة لها فلهذا يعتبر قيمة الرقبة كانت الوصية وقعت بالرقبة*

قوله عاد الى الورثة اى الموصي له على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وفي اوايل كتاب الوصايا بقوله لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به

قوله في تحصيل المقصود وهو الانتفاع بالعبد والدار*

بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر فاذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة

قوله بخلاف العارية لانها اباحة على اصله ولهذا لا يملك المستعير الاعارة عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم **قوله** وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة لان الاجرة مال وقوبل بالمنافع فحدثت في المنافع صفة المالية تحقيقا للمساواة **قوله** فكان بالجواز اولى يعني ان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية فلما جازت الوصية بها فلان تجوز الوصية بالغلة وهي عبارة عن مال عين وهو الدراهم بالطريق الاولى لان الايجاب يقتضي العينية * (قوله)

*

لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رح فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار *

قال ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت

قوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فان هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء اصرنا الى قسمة الخدمة بطريق المهاياة **قوله** عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد يعني انه اوجب لكل واحد منهما الحق فيما اوصى بطريق العطف وانه يحتمل الوصية بانفراده والعطف لا يقتضي المشاركة فيما اوصى به لكل واحد منهما فتعتبر حالة العطف بحالة الانفراد ولو افرد الوصية بالرقبة لاحدهما ولآخر بخدمته موصولا ومفصولا لم يكن مشاركة فكذا في العطف وذكر الامام التمرتاشي رح ولو اوصى لرجل بدار ولآخر بسكناها فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة تحصل له ونفقة العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة فان مرض ان لم يستطع معه الخدمة فعلى الموصى له برقبته وان استطاع فعلى صاحب الخدمة وهكذا قالوا في المرأة اذا مرضت ان لم يمكن الانتفاع بها بوجه مالا نفقة لها والا فلها النفقة وفي المبسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه لا يتمكن من استخدامه (اذا)

ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص

اذا انفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذلك وهو احق بخدمته فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان ابى ان ينفق رده على صاحبه فهذا كذلك ايضا وان كان اوصى بخدمة عبد صغير لانسان وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا ادرك صارت نفقته على صاحب الخدمة *

قوله ولها نظائر اي من حيث ان الموصى له بالظرف لا يشارك للموصى له بالمظروف القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب **قوله** ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف اي للموصى له بالامة والخاتم والقوصرة في الولد والفص والتمر **قوله** وكذلك في اخواتها وهي الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر والدار مع البناء **قوله** بخلاف الخدمة مع الرقبة يعني (لو اوصى)

ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الابدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الابتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا اولم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ

لو اوصى برقبة العبد لانسان وبخدمته لآخر كان كما اوصى وان كان في كلام مفصول ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء وانما كان هكذا لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة بخلاف ما نحن فيه فان الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك *

قوله ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فيه ثمرة فله ثمرته فيما يستقبل ما عاش الموصى له كمسئلة الغلة وذكر في الشافي عند الاطلاق اذا لم يكن الثمرة موجودة وقت الموت فالقياس ان يبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث ما عاش الموصى له لانه احتمل انه اراد به الحادث وفي صرفه اليه تصحيح فانه يستحق بالمعاملة وحاصل مسائل الباب على ثلثة اوجه في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد اولا وهو ان يوصي بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده لان الغلة كما يتناول الموجود يتناول ما كان بعرض الوجود في العرف (يقال)

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان
فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى
ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه
فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فلذلك لا يدخل تحت الوصية
بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا
بالوصية والله اعلم بالصواب *

يقال لفلان غلة هذه الدار يراد به ما يدخل في ملكه فى المستقبل وفي وجه يقع على
الموجود دون الحادث ذكرا لا بدا ولا وهو ان يوصي بالصوف على ظهر الغنم والولد
في بطن الجارية واللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما
وفي وجه ان ذكر الا بد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان
لم يذكر الا بد فان كانت الثمرة وقت الموت موجودة يتناولها والا فالقياس ان يبطل
الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له ثم فى البستان
السقي والخراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فهي
كالنفقة في فصل الخدمة *
قوله وهذا بخلاف ما تقدم اي من الثمرة والغلة **قوله** اما الولد المعدوم واختاه اي
الصوف واللبن **قوله** بعقد البيع تبعا اي يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف في بيع الغنم
تبعا للغنم ويجوز الخلع على ما في ظهر غنمها من الصوف وفى الجامع الصغير للتمرتاشي رح
اوصى بغلة ارضه وليس فيها شجر ولا مال له غيرها فانها يواجر وله ثلث اجرها لان غلتها هنا
الاجرة ولو كان فيها شجر فله ثلث الثمر اوصى بغلة نخله لرجل وللآخر برقبته ولم يحتمل
فتعاهدها على صاحب الرقبة لان الملك له واذا اثمرت فعلى صاحب الغلة لان النفع له
والله اعلم بالصواب * (باب)

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما *

قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبني داره بيعة اوكنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين *

قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم

باب وصية الذمي

قوله واذا صنع يهودي اونصراني بيعة اوكنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث اي بالاتفاق على اختلاف التخريج عند ابي حنيفة رح لعدم لزوم الوقف وعندهما لكون ذلك الفعل معصية ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا والمسلم اذا جعل داره مسجدا في صحته وسلم لا يورث فينبغي ان يكون البيعة كذلك لانا نقول المسجد تحرز عن حقوق العباد وصار لله تعالى خالصا فلا يورث ولا كذلك البيعة لان البيعة عندهم لمنافع الخلق فانها يسكن فيها اساقفهم ويدفن فيها موتاهم **قوله** وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله قال مشائخنا رحمهم الله هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببناء بيعة اوكنيسة في القرى فاما في المصر فلا تجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون (من)

الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكونها فلم يتحرز لله تعالى لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا العدم تحرزه بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا

من احداث البيعة في الامصار كذا في الجامع الصغير البرهاني قلت الظاهر انه اراد هنا بالقرية ما ليس فيها من شعائر الاسلام شيء اما اذا كانت قرية فيها من شعائر الاسلام شيء فهي كالمصر ولهذا لا يمكنون من بيع الخمور والخنازير فيها*

قوله الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم وهو كما اذا اوصى بحج او بان يبني مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية منه باطلة بالاجماع **قوله** فكذا عكسه اي تجوز الوصية بدارة كنيسة لقوم غير مسمين اعتبار الاعتقادهم **قوله** امتنع ثبوت مقتضاه وهو زوال الملك في غير ما هو قربة عندهم فبقي اي الايصاء فيما هو قربة على مقتضاه وهو زوال الملك فلذلك لا يورث ثم اورد محمد رح على نفسه سؤالا فقال كيف يكون هذا قربة من الذمي فانه لا يثاب على ذلك قلنا الاحكام في حقهم انما يبنى على ما يظهرون لا على الحقيقة الا ترى انه اذا ذبح وسمى اسم الله تعالى يحل ذبيحته وان كان ما يعتقده الها ليس باله على الحقيقة ولو ذبح باسم المسيح لا يحل ذبيحته على ما قال عمر رضي الله عنه اذا سمعتموهم سموا بغير الله فلا تأكلوا (قوله)

وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه رح وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم

قوله وهو ما ذكرناه وهو الوصية ببناء البيعة والكنيسة **قوله** والجهة مشورة اي صرف هذا المال الموصى به الى الحج وبناء المسجد والاسراج فيه خرج منه على طريق المشورة وذكر الامام قاضي خان واذا اوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء مسجد او بالاسراج فيه فان سمى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم ويبطل الجهة التي عينها ان شاؤا فعلوا ذلك وان شاؤا تركوا وان كانوا لا يحصون لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه تمليكا وانها ليست بقربة في اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى في اعتقادهم فلا يصح **قوله** وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها ذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا فقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها كذا في النهاية * (قوله)

واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم اوذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذهم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولوكان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت اودبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم اوذمي بوصية جاز لانه مادام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه مستأمن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم اولذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم يكن ورثته معه في دار الاسلام اما اذا كانت ورثته معه يتوقف على اجازتهم واشار في الكتاب الى هذا بقوله وليس لورثتهم حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذهم اموات في حقنا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز قوله في دار الاسلام يتعلق بقوله اوصى لا لحربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما وكذا لفظ المبسوط ولان الذمي لو اوصى لحربي في دار الاسلام يجوز على ماذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم اوذمي بوصية جاز والله اعلم بالصواب *

(باب)

*

باب الوصي ومايملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى بسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لاضرر هنا لك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره

باب الوصي ومايملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي اي يعلم الموصي وردها في غير وجهه اي في غير علم الموصي **قوله** بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه هذا مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة واليتيمية وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه من الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لايخرج عن الوكالة والمذكور في فتاوى قاضيخان في الوكيل بشراء شيء بعينه فقال والوكيل بشراء شيء بعينه اذا اخرج نفسه عن الوكالة لا يملك الا بحضرة من الموكل ثم ذكر في الجامع الصغير ما يوافق رواية الهداية فقال بين هذا اي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلا بشيء فرد الوكيل يصح رده سواء رده في وجه الموكل او في غير وجهه والمذكور في فتاوى قاضي خان مقيدا بقوله بشراء شيء بعينه لا يخالف المذكور في الهداية اذا حمل القيد على الاحتراز عن الوكيل بشري شيء بغير عينه وفائدة التقييد ان في المعين لو صح رد الوكيل يلزم الموكل ضرر وهو ان يعزل الوكيل نفسه ويشتري ذلك المعين لنفسه وفيه ضرر الموكل ولا يلزم هذا الضرر في غير المعين *

(قوله)

وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الميت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية اولم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لاينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لايتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لايبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى

قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار فان قيل كان يجب ان لايكون له الخيار لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده حال حيوة الموصي فترك الميت الايصاء الى غيره اعتمادا على انه يقبله فاذا رده بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته والجواب عنه ان الميت مغتر وليس بمغرور لانه كان من حقه ان يسأل انه يقبله ولايقبله فاذا لم يفعل ذلك وبنى الامر على انه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره جعل مغترا من جهة نفسه لامغرورا من جهة الوصي بخلاف ما اذا قبل لانه لما قبل في حيوته ترك الايصاء الى غيره اعتمادا على قبوله فلو ملك الرد بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته والغرور ينتفي **قوله** واذا كانت خلافة لايتوقف على العلم كالوراثة يعني لما كانت خلافة كالارث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث واذا صح البيع صار لازما حكما لنفاذ البيع فلا يملك رده بعد ذلك وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب منها ما ذكر في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه اي سواء كان المخبر حرا او عبدا او فاسقا او صبيا عاقلا **قوله** ودفع الاولى اي المضرة الاولى وهو اعلى لان ضرر الميت غير مجبور (قوله)

الا ان القاضي اذا اخرجه من الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته

قوله الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك استثناء عن قوله فله ذلك **قوله** لانه مجتهد فيه اي لان الموضع موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر رح دفعا للضرر عن الوصي وللقاضي ولاية دفع الضرر عن الناس فينفذ قضاؤه وبطل الايجاب فلا يعتبر القبول بعده وذكر في ادب القاضي للصدر الشهيد في باب ما يكون قبولا للوصية ولو اوصى اليه وهو ليس بحاضر فبلغه ذلك في حيوة الموصي او بعد وفاته فقال لا اقبل ثم قبل بعد ذلك يجوز لان هذا الرد لم يصح من غير علم الموصي كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل فاذا لم يرتد الايجاب وقبل صح القبول الا ان يكون القاضي اخرجه من ذلك بذلك الرد فيكون خارجا عن الوصية فبعد ذلك وان قبل لا تصح واختلف المشائخ في تخريج هذا الحكم منهم من قال انما كان لان على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي فالقاضي متى اخرجه من الوصاية بذلك الرد فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام السرخسي ومنهم من قال لا حاجة الى هذا الكن انما كان لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فههنا اولى واليه ذهب الامام شمس الائمة الحلوائي رح **قوله** ومن اوصى الى عبد او كافر اي الى عبد غيره لقوله بعده لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى **قوله** قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل يدل عليه ما ذكر في الايضاح ولو تصرف (العبد

واستبداده وفي غيره معناه سنبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب

العبد قبل ان يخرجه القاضي نفذ تصرفه لانه اهل للتصرف لكن يخرجه القاضي للمعنى الذي ذكرناه وهو ان منافع بدنه مستحقة للمولى فلا يجوز الصرف الى ورثة الموصي وقبل الاخراج الوصاية باقية فنفذ تصرفه *

قوله واستبداده اي ولعدم استبداده بنفسه لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع بها على غيره وكذلك بعد اجازة المولى لا يصح وصايته ايضا لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم **قوله** وولاية الكافر على المسلم في الجملة وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما فانه يصح شراؤه ويثبت له الملك فيه والولاية عليه الا انه يجبر على البيع والجبر على البيع لا يشعر بعدم الولاية **قوله** وله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد (١)

والوصاية قد تتجزى على ما هو المروى عن ابي حنيفة رحمه الله او نقول يصار اليه كيلا يودي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى *

قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لايجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لاينبغي له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالموصي انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لاوصي له ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رح دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء

احترازعن الايصاء الى عبد الغير فانه لا استبداد له وعن الايصاء الى عبد نفسه وفي الورثة كبير لان للكبير ان يبيع نصيبه منه فلا يبقى حينئذ للعبد الاستبداد بنفسه واما فيما نحن فيه فلا يملك بيعه احد فكان مستبدا بالتصرف وفي الاسرار فان قيل للقاضي ولاية البيع في هذه المسئلة قلنا اذا ثبت الايصاء للعبد لم يبق للقاضي ولاية البيع *

قوله والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح فانه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر في الدين روى الحسن عن ابي حنيفة رح ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة **قوله** رعاية لحق الموصي والورثة فرعاية حق الموصي في ابقاء الاول وصيا تصحيحا لتصرف الموصي ورعاية لحق الورثة في ضم الآخر اليه **قوله** واذا شكا اليه الوصي ذلك اي لو شكا الوصي الى القاضي عجزه عن القيام بامور الوصاية * (قوله)

لان الوصاية سببها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزي فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى لان ولاية التصرف لهما فاذا تصرف وحده حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال

قوله لان الوصاية سببها الولاية اي الوصاية انما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصي الى الوصي لا بطريق الانابة بدليل ان الايصاء يتم بقوله اوصيت مطلقا ولو كان بطريق الانابة لم يصح الا بالتنصيص على ما هو المقصود كالوكيل فانه لو قال وكلتك لا يملك التصرف ما لم يذكر ما فوض اليه من التصرف وكذا لو قال جعلتك حاكما لا يملك تنفيذ القضاء ما لم يبين له ذلك وههنا صح الايصاء اليه مطلقا عرفنا انه اثبات الولاية بطريق الخلافة والدليل عليه ان اوان ولايته بعد زوال ولاية الموصي والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا يثبت لكل واحد منهما كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبت شرطا وهذا لان الولاية لا يحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزي بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة **قوله** اصله الدين الذي عليهما ولهما يعني اذا كان الدين عليهما فلاحدهما ولاية الايفاء واذا كان لهما لا يكون لاحدهما ولاية الاستيفاء (قوله)

وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التأخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وقبول وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفي

قوله وقضاء الديون اي بجنس حقه **قوله** والمراد بالتقاضي الاقتضاء اي القبض في عرفهم فيكون على الخلاف وفي عرفنا يراد به الطلب فيملكه كل واحد منهم **قوله** لو اوصى الى (كل)

واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال

كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين وعن ابى القاسم الصفار هذا الخلاف فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث قول ابى القاسم الصفار اصح وبه نأخذ وحكي عن ابي بكر الاسكاف قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وذكر في المبسوط ولم يذكر في الكتاب ما اذا اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ولكن الاصح ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت فتثبت الوصية لهما جميعا بخلاف الوكالة وقد يوصى الانسان الى غيره على ظن انه يمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما معا بخلاف الوكيلين فان رأى الموكل قائم هناك واذا عجز الوكيل يمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثاني الى الاول وانما كان قصده انابة كل واحد منهما منابه بالانفراد *

قوله واذا مات الوصي واوصى الى آخر اي قال جعلته وصيا فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول هذا اذا اطلق اما اذا قال جعلته وصيي ما تركه صار وصيا في تركته وتركة موصيه في ظاهر الرواية لان تركة موصيه تركته ايضا وعند ابي يوسف ومحمد رح يصير وصيا في تركة الموصي فقط لانه نص عليه * (قوله)

والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه *

قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث

قوله والى الجد في النفس حتى لو كان له ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص **قوله** ثم الجد قائم مقام الاب الى آخره الاب كان له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الجد له ولاية الانكاح بنفسه وباقامة غيره مقامه وكذلك الموصي كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه وباقامة غيره مقامه فكذلك الوصي لقيامه مقامه **قوله** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة اي نيابة عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة اي مقاسمة الوصي الورثة عن الموصى له اي نيابة عنه صورته رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب قاسم الوصي الموصى له واعطى له الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء لان ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار والموصى له خصم والقسمة بين الخصمين نفذت واما في عكسه وهو ان يكون الوارث كبيرا حاضرا والموصى له غائبا فقاسم الوصي مع الوارث فاعطى الوارث حقه وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له حتى لو هلك ما في يده كان للموصى له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم لانه لا ولاية للوصي عليه وذكر الامام المحبوبي محيلا الى مبسوط شيخ الاسلام ان مقاسمة الوصي للموصى له عن الورثة جائزة في العروض والعقار جميعا اذا كانت الورثة صغارا كلهم حتى لو هلك (نصيب)

والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توي من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة *

قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا

نصيب الورثة لم يكن لهم الرجوع بشيء على الموصى له لان الوصي ولاية على الورثة الا ترى ان له ولاية بيع نصيب الصغار من العقار والمنقول جميعا اما لو كانت الورثة كبارا فليس للوصي ولاية البيع على الكبير الغائب في العقار وله ولاية بيع المنقول عليه فكذا القسمة لان القسمة نوع بيع فلذلك قلنا اذا كانت الورثة كبارا غيبا كانت مقاسمة الوصي للموصى له عن الورثة جائزة في العروض دون العقار واما مقاسمته مع الورثة عن الموصى له باطلة في العقار والعروض جميعا سواء كان الموصى له صغيرا او كبيرا حاضرا او غائبا حتى لو هلكت حصة الموصى له في يد الوصي وبقيت حصة الورثة كان للموصى له ان يرجع بثلث ما في يد الورثة ان كان قائما في ايديهم *

قوله والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصار تصرفه كتصرفه اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه **قوله** ولا يصير مغرورا بشرى الموصي حتى لو كان الموصى به جارية فاستولدها الموصى له ثم استحقت اخذها المستحق وولدها ولا يصير الولد حرا بالقيمة بحكم الغرور بخلاف الوارث **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توي على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة * (قوله)

وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث مابقي
وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابويوسف رح ان كان مستغرقا للثلث
لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رح لايرجع بشيء لان القسمة حق الموصي
ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لايلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي
قام مقامه ولابي يوسف رح ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها مابقي محلها واذا لم يبق
بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لاتراد لذاتها بل لمقصودها وهي تادية الحج فلم
تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث مابقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة
اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ومن اوصى بثلث
الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة
ولهذا لومات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لاسيما في حق
الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد
هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء

قوله وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة في بعض الفوايد وذكر في المبسوط لخواهر زاده
واجمعوا ان الوصي لو قاسم الورثة واخذ الثلث فضاع في يده قبل ان يدفعه الى النائب فانه
يحج عنه بثلث مابقي ثم وثم الى ان يبقى حبة وانما الاختلاف فيما اذا دفعه الى النائب
فهلك في يد النائب واطلاق ماذكر ههنا يدل على ان الخلاف في الفصلين واحد وفي الكافي
للعلامة النسفي رح فهلك ما في يده حج عن الميت بثلث مابقي وكذا ان دفعه الى رجل
ليحج عنه فضاع في يده **قوله** فقسمته جائزة وفي الجامع الصغير الموصى له بالثلث اذا كان غائبا
فدفع الورثة المال الى القاضي يجوز قسمته لان له ولاية على الغائب فكان قسمته كقسمته
الغائب قالوا هذا الجواب فيما يكال ويوزن لان القسمة فيه تمييز وليس مبادلة حتى ينفرد (ا)

وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا فبخلافه *

قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصيّ لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم له فقد اخذ الوصيُ البائعُ مال الغير بغير اذنه ورضاه فيجب عليه رده *

قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابوحنيفة رح يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي اوامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل

احد الشريكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضاء ويجوز ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن وفيما عداهما لا يجوز لان القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة وهذا بخلاف الوصي لانه لا ولاية له على الغائب ولا على الموصى له *

قوله وان كان في مرض موته اي اذا باعه بمثل القيمة **قوله** بغير رضاه لان رضا المشتري بأخذ الوصي الثمن انما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم **قوله** وكان ابوحنيفة رح يقول لا يرجع اي لا يرجع الوصي على احد لانه ضمن بقبضه اي لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء **قوله** لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية ينفذ من الثلث عليه **قوله** وجه الظاهر (١)

* قمز

وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لايجوز لان فيه تضييع مال اليتيم

انه يرجع بحكم الغرور اي ان الوصي يرجع على الميت اي تركته بحكم ان الميت غره بقوله ان هذا ملكي لانه لما امره ببيع عبده وتصدق ثمنه على المساكين كان قائلا ان هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة كذا ذكره الامام قاضيخان وذكر في الذخيرة فان هلكت التركة لا يرجع على احد لا على الورثة ولا على المساكين ان كان قد تصدق عليهم بالثمن لان البيع لم يقع الا للميت وفي المنتقى اذا اوصى الرجل الى رجل وامره ان يبيع هذا وتصدق بثمنه على المساكين ففعل الوصي ذلك ثم استحق العبد من يد المشتري ورجع المشتري على الوصي بالثمن لايرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن والقياس هكذا يقتضي لان غنم تصرف الوصي يعود الى المساكين فغرمه يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية جامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له *

قوله وقد مر في كتاب القضاء في آخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب ادب القاضي

قوله واذا احتال بمال اليتيم اي قبل الحوالة فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اي اقدر على الاداء وان كان الاول املى لايجوز وان كانا سواء ذكر انه لايجوز كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الذخيرة وان كان الثاني مثل الاول في الملاء فقد اختلف المشايخ فيه واشار في الكتاب الى انه لايجوز *

(قوله)

على بعض الوجوه ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع ولا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتب كتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا * **قال** وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا

قوله على بعض الوجوه وهو انه اذا لم يكن مليا يتأخر الاداء والتأخير اتلاف من وجه * **قوله** لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر ولانه اذن لهم في التجارة والتاجر يحتاج الى المساهلة ويحتمل الغبن في بعض التصرفات لاستجلاب قلوب المجاهرين فكان هذا من توابع التجارة بخلاف الهبة وبخلاف الاب والوصي لانهما يتصرفان بشرط الاصلح والاحسن **قوله** وكتب كتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط لانه لو كتب كتابا واحدا وجمع بين الوصية والشرى ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية فعند اداء الشهادة عسى ان يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور **قوله** ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا اي لان ذلك احوط **قوله** وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار استثنى العقار في حق الكبير الغائب اما في حق الصغير يملك بيع العقار ايضا وهذا جواب السلف (واما)

لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه *

قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هولاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون مايكون من باب الحفظ فكذا وصيهم والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رح الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غيرانه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه *

واما جواب المتأخرين انه انما يجوز باحد شروط ثلثة اما ان يرغب المشتري فيه بضعف القيمة اوللصغير حاجة الى ثمنها اوبان يكون على الميت دين ولا وفاء له الا به قال الصدر الشهيد وبه يفتى *

قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ماسواه ويتفصى عنه بان الاب لايملكه بالولاية الحقيقية ويملكه لجهة الحفظ والنظر **قوله** وهذا الجواب في تركة هؤلاء قيد به لان الوصي كالموصي وهم لايملكون الا الحفظ فكذا وصيهم فان كان للصغير مال لا من تركتهم لا يملك وصيهم حفظه لان ولاية الحفظ مقصورة على تركة الموصي **قوله** غيرانه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بينا وهو قوله ولنا ان بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه الى آخره والله اعلم بالصواب *

(فصل)

فصل في الشهادة

قال وان شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضائه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي * **قال** وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به * **قال** وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا تثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة

فصل في الشهادة

ههنا خمس مسائل الغريمان لهما على الميت دين والغريمان

للميت عليهما دين والموصى لهما والموصى اليهما والوارثان *

قوله وهذا استحسان اي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لايحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت الشبهة فيه قلنا القاضي وان كان لايحتاج الى نصب الوصي لكن الوصيان والموصى لهما والوارثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه مالم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا ههنا * (قوله

قسمح *

وله انه تثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لافي غيرها *

قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رح وعن ابي يوسف رح مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لوتبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من تركته يشاركه الآخر فيه

قوله له انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لان الوصي انما صار خصما بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث واما فيما هو للوارث الكبير على الاجنبي لا بطريق الارث هو كاجنبي آخر *

قوله وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رح اي لايجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر لا في حق الدين ولا في الوصية بالف درهم وقوله وعن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح اي تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين في حق الآخر في حق الدين ولايجوز في حق الوصية بالف درهم فصار عن ابي حنيفة رح روايتان وعن ابي يوسف رح كذلك وعن محمد رح رواية واحدة وجنس هذه المسائل على اربعة اوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا يتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك لانهما اوجبا شركة (لا)

فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة *

قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة *

كتاب الخنثى ـ فصل في بيانه

واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رض مثله

لانفسهما فيما شهدا به للآخرين وكذلك اذا شهد اللآخرين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث انه لا يقبل ايضا وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين *

قوله فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة لا يقال ان لهما في هذه الشهادة مضرة وهو ان لا تسع التركة حق الفريقين فينتقص حقهما بالشركة لانا نقول هذا توهم عسى يتحقق وعسى لا يتحقق ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة فيرد الشهادة لهذا والله اعلم بالصواب *

كتاب الخنثى ـ فصل في بيانه

اعلم ان الله تعالى خلق بني آدم ذكورا واناثا كما قال تعالى وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً (و)

ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولاً لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليست تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح *

وقال يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى فدل انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما مضادة *
قوله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح وذلك انما يقع به الفصل بين الذكر والانثى عند الولادة الآلة وذلك في الآدمي وفي سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الآلة خروج البول منها وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للآلة كونها مبالا فاذا كان يبول من مبال الرجال عرفنا ان الآلة هذه والآخر زيادة بمنزلة خرق في البدن واذا كان يبول من مبال النساء عرفنا ان الآلة هذه وان الآخر بمنزلة ثؤلول في البدن **قوله** وان بال منهما فالحكم للاسبق والفقه فيه ان حين وجد الاول لم يكن له معارض فاخذ اسم المبال قبل ان يأخذ الآخر ذلك الاسم والثاني يعارضه الاول حين وجوده فترجح السابق **قوله** وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق اي اذا كان بوله في الخروج والكثرة على السواء كان مشكلا بالاتفاق وفي شرح الطحاوي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتبر الاكثر منهما فان استويا في الكثرة قالوا جميعا لا علم لنا به ثم ان ابا حنيفة رح استقبح الترجيح بكثرة البول على ما يحكى عنه ان ابا يوسف رح لما قال بين يديه يورث من اكثرهما بولا قال يا ابا يوسف اهل رأيت قاضيا يكيل البول (با)

قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الي النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم تظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم والله اعلم بالصواب *

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته *

قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوتهن فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة

بالاواني اى الكثرة على الحقيقة لايعرف الا بالكيل ولا يجوز الاشتغال به *

قوله وكذا اذا تعارضت هذه المعالم بان ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة والله اعلم *

فصل في احكامه

قوله فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته وانما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلوة مشتركة موهوم فللتوهم احب له ان يعيد الصلوة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فان قام في صف النساء فصلى قال احب الي ان يعيد صلوته لانه صبي او صبية فان كانت صبية يجزيها صلوتها ويحتمل ان يكون صبيا فيفسد صلوته فيومر بالاعادة تخلقا واعتيادا فان لم يعد فلا شيء عليه ان كان مراهقا وان كان بالغا وكان مشكلا حاله يلزمه الاعادة (حتما)

 *

ويعيد الذي من يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

حتما واجبا لانه ذكرا وانثى فان كان انثى لا تلزمها الاعادة وان كان ذكرا كان عليه الاعادة فيجب عليه الاعادة احتياطا *

قوله ويعيد الذي من يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة وفي المبسوط والمراد من الاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا صلوتهم لهذا **قوله** وهو على الاستحباب اي الامر باعادة الصلوة اذا صلى بغير قناع على الاستحباب لان الفساد موهوم والمسقط وهو الاداء معلوم **قوله** ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل فاسد في حق المرأة لان الامة في النظر الى سيدتها كالاجنبيات والاولى في التعليل ما ذكر في الذخيرة لانه متى اشترى الولي جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر نعم بهذا ان شرى الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لا ان يكون للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى (سيدتها)

ويكره له في حيوتِهٖ لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة

سيدتها فان قيل هذا المعنى موجود فيما اذا زوج الولي امرأة من الخنثى فان الخنثى لوكان ذكرا لكانت هذه امرأته وان كان انثى كان فيه نظر الجنس الى الجنس حتى لا يحتاج الى شرى الجارية بالمال الكثير قلنا تزويج المرأة للخنثى لا يفيد اباحة الختان لان النكاح موقوف قبل ان يستبين امره ويجوز ان يكون ذكرا فيجوز النكاح ويجوز ان يكون انثى فلا يجوز فاذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفا والنكاح الموقوف لا يفيد اباحة النظر الى الفرج هكذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله وذكر شمس الائمة الحلوائي رحمه الله انما لم نقل تزوج له امرأة بماله لانا لا نتيقن بصحة نكاحه مالم يتبين امره ولكن لو فعل هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وبعض مشائخنا رحمهم الله قالوا انما لم يقل محمد رحمه الله ذلك لان تلك المرأة يبقى معلقة اذا لم يصل اليها لانه لا يمكن التفريق بينهما لانه صبي ولا نصل الى حقها في الجماع كذا في الذخيرة *

قوله ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وقوله في حيوته لا يفيد زيادة فائدة لان الحيوة يستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة وبعد الموت الالباس والكراهة للملبس الا انه اتبع لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات لاظهار المقابلة لان لبس الحلي والحرير لا يحل للرجل ويباح للمرأة فكان الاحتياط في ترك لبسه كيلا يكون واقعا في الحرام ان كان رجلا **قوله** وان ينكشف قدام الرجال لاحتمال انه امرأة او قدام النساء لاحتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجال الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر (الرجل)

وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لاعلم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولاشيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق اوعتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لايثبت بالشك واو قال كل عبد لي حر اوقال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره

الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء العورة لان ذلك لايحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي نظر المرأة الى المرأة روايتان *

قوله وان يسافر من غير محرم من الرجال قيد بقوله من الرجال لانه يكره ان يسافر معه امرأة محرما كان اوغير محرم لانه من الجائز انه انثى فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهذا وذلك حرام **قوله** وان كان انثى يكره له تركه اي ترك لبس المخيط فان المرأة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لاعلم لي وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل لان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واشتباه امره من ابلغ الاعذار واما ترك الستر للمرأة فغير جائز في حال من الاحوال ولبس المخيط اقرب الى الستر ومبنى حال المرأة على الستر كما في غير حالة الاحرام **قوله** لان الحنث لايثبت بالشك لان مع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط والمعلق بالشرط لا ينزل مالم يوجد الشرط حقيقة فكان هذا نظير مالو قال ان لم ادخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولم يعلم ادخل اولم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى فكذلك ههنا *

(قوله)

لما قلنا وان قال بالقولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل اوقال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال و النساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر وانثى وان سجّي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجال وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة

اي يوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة لان حله القبلة ... الرجل ... (رواية ... نهايه)

قوله لما قلنا اي لان الحنث لا يثبت بالشك **قوله** وان قال بالقولين اي بان لا يجابين جميعا بان قال كل عبد لي وكل امة لي فهو حر **قوله** وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله اي ان لم يظهر لنا تعارض العلامات لان الانسان امين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ماقال الا ترى ان المعتدة اذا قلت انقضت عدتي وانكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها ومتى عرف كونه مشكلا فقد عرف خلاف ما قال وعرف انه مُجازف في مقاله لانه لا يعرف نفسه اذا كان مشكلا الا ما نعرفه نحن **قوله** لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وغسل المرأة الرجل غير ثابت وذلك لان النظر الى العورة حرام وبالموت لا ينكشف هذه الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلا جل الضرورة ابيح النظر للجنس (عند)

وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا بأس بذلك ولومات ابوه وخنثيٌ وخلف ابناً فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الّا ان يتبين غير ذلك

عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس اذ لا يعرف جنسه انه من جنس الرجال او من النساء فيتعذر غسله لا نعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لا نعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين رجال ليس معهم امرأة فانها ييمم بالصعيد ثم ان كان الميمم اجنبيا ييممها مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها ييممها بغير الخرقة وكذلك اذا مات الرجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء تيممه بالصعيد من غير خرقة ان كانت الميممة ذات رحم محرم منه وبخرقة ان كانت اجنبية فهذا مثلها ان كان من ييممه من النساء او الرجال ذا رحم محرم منه ييممه بغير خرقة وان كان اجنبيا عنه ييممه بخرقة ولا بأس بان ينظرا لى وجهه و يعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة في هذا اخذ بالاحتياط *

قوله وان كان ذكرا فقد زاد واعلى الثلث ولا بأس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلث في الكفن للرجل لا يضره كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته الزيادة على الثلث واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلث ترك السنة فان السنة في كفن المرأة ان يكون خمسة اثواب فكان احوط الوجهين ما ذكرنا

قوله وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى وهو كونه ابنا والحكم في توريث الخنثى المشكل ان يعطى له ميراث النساء الا ان يكون اسوء حاله ان يكون ذكرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وهو قول الشعبي وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما (نصف)

وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رحمه الله

نصف الاول ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا *

قوله وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب لان محمدا مع ابي حنيفة رح في عامة الروايات ويحتمل ان يراد انهما قالا على (قياس) قول الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وتكلموا فيما اذا كان الخنثى صبيا يتوهم ان يستبين امره في الثاني انه كيف يقسم المال بينهما فمنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن وتوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى ان يستبين المستحق كما في الحمل والمفقود فانه توقف نصيبهما الى ان يتبين حالهما واكثرهم على انه يدفع ذلك الى الابن لان سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة معلوم فانما ينتقص حقه لمزاحمة حق الغير والخنثى ما زاحمه الا في الثلث فما وراء ذلك يبقى مستحقا له توضيحه انما حكمنا بكون الخنثى انثى حيث اعطيناه الثلث مع الابن وبعد ما حكمنا بالانوثة في حقه يعطى الذكر ضعف ما يعطى الانثى وبه فارق الحمل والمفقود فانا لم نحكم فيهما بشيء من موت وحيوة فلهذا توقف نصيبهما واذا دفع الثلثان الى الابن هل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشائخنا هو على الخلاف المعروف في الدعوى ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول ابي حنيفة وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل وقال بعضهم يؤخذ منه الكفيل عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة رح اخذ الكفيل هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن *

(قوله)

واختلفوا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذلك يضرب باربعة فتكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا

قوله واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما من اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة ثم التفاوت بين تخريجهما ان على تخريج قول ابي يوسف رح ما كان نصيب الخنثى اكثر مما نصيبه على قول محمد رح فان ثلثة من سبعة اكثر من خمسة من اثنى عشر لانا لو زدنا نصف سبع على ثلثة اسباع يصير نصف المال والخمسة لا يصير نصف المال الا بزيادة سهم من اثنى عشر وهو نصف السدس ونصف السدس اكثر من نصف السبع فثبت ان ما قاله ابو يوسف رح انفع للخنثى والطريق الواضح فيه ان يضرب السبعة في الاثنى عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع اربعة وثمانين ثم ضرب حصة من كان له شيء من السبعة في الاثنى عشر وحصة الخنثى ثلثة من سبعة فاضربه في اثنى عشر فيكون ستة وثلثين ثم اضرب حصة من كان له شيء من الاثنى عشر في سبعة وللخنثى (خمسة)

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهوان تكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى اوامرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا فى الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفى الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما والله اعلم بالصواب *

خمسة من اثنى عشر فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلثين فظهران التفاوت بسهم من اربعة وثمانين سهما *

قوله الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهوان تكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى اوامرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا فى الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفى الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما فيجعل ذكرا فيهما لانه لوكان انثى فى المسئلة الاولى يعول الحساب الى ثمانية لانه يكون صاحب فريضة وفرضه ثلثة من ستة وللزوج ثلثة وللام سهمان ولوكان ذكرا يكون له الباقي سهم وسهم من ستة اقل من ثلثة من ثمانية ولوكان انثى في المسئلة الثانية لكان له نصف المال ستة من اثنى عشر فيعول الى ثلثة عشر ولوكان ذكرا الكان للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث من اثنى عشر سهما وللخنثى خمسة وخمسة من اثنى عشر اقل من ستة من ثلثة عشر لانه يصير نصف المال بنصف سهم وذا بسهم ولو ماتت امرأة وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولاشئ للخنثى لان اسوأ حاله ان يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا لا يصيبه شئ ولوجعل انثى لكان له سدس وتعول المسئلة فيجعل ذكرا والله اعلم بالصواب *

(مسائل)

*

مسائل شتى

واذا اقرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو جائز ولايجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا رحمه الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة. قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان

مسائل شتى

قوله فاذا جاء من ذلك مايعرف انه اقرار فهو جائز اي اذا جاء من الايماء والكتابة ما يعرف انه اقرار فهو يكون وصية وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان ما يجيئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار كما اذا حرك رأسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار كما اذا حرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه بضم اليا وفتح القاف على البناء للمفعول وفي المغرب واعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه **قوله** كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة اي ما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح كالوحشي الاصلي ولم يفصل بين الاصلي والعارضي فكذا هنا **قوله** حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة وحد الامتداد سنة كذا ذكره الامام التمرتاشي رح وذكر الحاكم ابو محمد رحمه الله رواية عن ابي حنيفة رحمه الله (انه)

وفي الآبدة عرفناه بالنص **قال** واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا منه الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وورق الاشجار وينوي فيه

انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله *

قوله وفي الآبدة عرفناه بالنص جواب عن قول الشافعي رح كالوحشي والمتوحش الاهلي وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ندفرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال عليه الصلوة والسلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه كذا ذكره في صيد المبسوط **قوله** ولا يحد اي حدا لنا فيتناول جميع الانواع اي لا يحد الاخرس اذا كان قاذفا بالاشارة او الكتابة وكذا اذا اقر بالزنا والسرقة او الشرب لان المقر على نفسه ببعض الاسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة **قوله** ولا يحد له اي حد القذف خاصة اذا كان مقذوفا **قوله** وهو اي العجز في حق الاخرس اظهر والزم وذلك لان الظاهر من حال الغائب انه يحضر واما الاخرس فالظاهر من حاله انه لا يزول خرسه فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء النطق بالحضور فلان تقبل في حق الاخرس اولى **قوله** ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين احترازعن غير المستبين وهو الكتابة على (١)

لانه بمنزلة صريح الكناية فلابد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ

الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان ويستنوي فيه اي يطلب منه النية *

قوله لانه بمنزلة صريح الكناية اي بمنزلة كناية قوية اما الكتابة فهي ليست بصريح الكناية لانها فعل والكناية فى الحقيقة انما يكون فى القول وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله واذا كتب مستبينا لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على التراب او على الكاغذ لا على وجه الرسم كان لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا فلا يكون حجة الا بالبينة والبيان وفى الشافي وكذا الصحيح لو كتب الطلاق او غيره او ذكر الحق على نفسه فهو على تلك الوجوه ان كان مستبينا مرسوما ويثبت ذلك باقراره او ببينة فهو كالخطاب حتى لو جحد يسع لمن شهد كتابته ان يشهد اذا عرف ما فى الكتاب وان كتب غير مستبين لم يكن اقرارا وان اشهد وقال كتبت كذا فاشهد واني كتبت ذلك وان كان مستبينا غير مرسوم ان اشهد عليه كان اقرارا لان الكتابة قد يكون للتجربة وقد يكون للتحقيق وبالاشهاد يقع البيان ولو كتب ذكر حق بين يدي قوم وهم يعرفون ما يكتب ثم قال لهم اشهدوا علي بما فيه يصح الاشهاد وكذا لو املاه على غيره حتى كتب وهم يعلمون ما اذا يملي ثم اشهدهم وفي باب ما يكون اقرار لو كتب على نفسه صكا بالف لفلان والقوم ينظرون اليه ويعرفون ما يكتب وقال لهم اشهدوا علي بما فيه كان اقرارا وان لم يقل لهم اشهدوا هل يكون ذلك اقرارا ذكر ابو اليسر رح قيل لا يكون اقرارا وقيل يكون لان الظاهر يدل على ان المال عليه والاحكام انما تبتني على ما دليه الظاهر *(قوله)

وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى وانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطيء الحرام او اقر بالوطيء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع هنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية

قوله وقد يثبت بدون اللفظ كما في بيع التعاطي ونكاح الفضولي مع القدرة على التكلم فلان يثبت هنا والعجز متحقق اولى **قوله** لو شهدوا بالوطيء الحرام اي مع ان الوطيء الحرام مطلقا انما هو الزنا لاحتمال ان يكون حراما مقيدا **قوله** وان لم يوجد التعمد اي لفظ التعمد في الشهادة والاقرار **قوله** ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون الكتابة حجة في حق الاخرس فيكون فيهما روايتان اي في الاخرس والغائب غير الاخرس **قوله** لانه جمع هنا بينهما يتعلق بقوله بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا فيكون دليل كونه مخالفا لما توهمه البعض * (قوله)

وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان *

قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل

قوله وفي الكتابة زيادة بيان لانه يفهم المقصود منها بلا شبهة **قوله** لما انه اقرب الى النطق اي الاشارة اقرب الى الكلام من الكتابة لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة من المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارة بيده او برأسه فكان المتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل منه فكان الاعتبار لما هو اقرب الى الموضوع للبيان اولى وقيل الاشارة اقرب الى النطق لما ان النطق لا يبقى اثره وكما يوجد يتلاشى ويضمحل فكذا الاشارة بخلاف الكتابة **قوله** وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض اي لا يجوز اقراره بان اومى برأسه اي نعم او كتب وهو معطوف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه **قوله** فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل هذا بخلاف الثياب فانه يتحرى فيها بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا وهذا لان حكم الثياب اخف ولهذا لو لم يكن معه الا ثوب واحد ومعه طاهر يصلي فيه بالاجماع وان كان ثلثة ارباعه نجسا واما اذا كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تخيير بين ان يصلي فيه وبين ان يصلي عريانا قاعدا بالايماء فلما جازت الصلوة في ثوب نجس حالة الضرورة فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى *

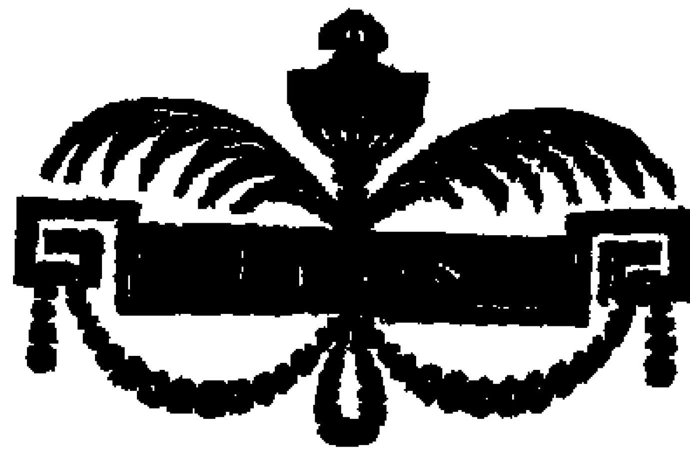
(قوله)

وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلايتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رح لايجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لايمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لاضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب *

قوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اي بان يجد ذكية بيقين **قوله** بخلاف ما اذا كانا نصفين اوكانت الميتة اغلب لانه لاضرورة لان الحالة حالة الاختيار ويوجد ذكية بيقين والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب *



الحمد لله العلي العظيم والصلوة على رسوله الكريم على اتمام المجلد الرابع من الهداية مع شرحها الكفاية



انتباه

اعلموا ايها الخلان ذوي المجد والامتنان ان هذا المجلد وكذا المجلد الثالث مشتمل على الهداية والكفاية فالعبارة التي فوق الخطين المتوازيين هي الهداية والتي تحتهما هي الكفاية والخط العرضي المنفرد يميز عبارة البداية التي هي متن الهداية *

N. B. My worthy Friends, and gentle Readers! Observe, that this [illegible] consists of the Hidayah and Kifayah, the matter above the pair of parallel lines is the Hidayah, and that below it, the Kifayah; the single lateral line distinguishes the matter of the Bidayah, which is the Text whereof the Hidayah is the Commentary. The same plan is pursued in the third volume.

تنبيه

اعلموا يا ايها الاحباب للعلم ارباب حين الطبع وان كنا
في التصحيح قد بالغنا ومع النسخ الخمس الموجودة قابلنا
والعبارة التي في اكثر الكتب وجدنا بعد التصحيح والمقابلة
وتطبيق مضامينها مع الحواشي الاخر اثبتنا لكن انتم خبراء
بحقائق الطبع ان المطبوع من الكتب قطعا لا يخلو عن السقم
طبعا لاجل عدم اعتناء الطابعين واشكال النظر الى كل لفظ
بحيث لا يقع فيه السهو للمصححين فلا نقول كله زين ليس فيه
من وجه شين فان وقعتم يا اصحاب دين صحيح على ذين قول
قبيح فالمأمول من حسن اخلاقكم ان تسبلوا اذيال العفو عليه
ولا تجعلوا انفسكم من شرذمة النمامين برمي سهام الطعن اليه
كما هو ديدن السفهاء اظهارا لتفاخرهم بين اخوانهم الحمقاء *
بل اذا مروا باللغو مروا كراما جزيتم خيرا عظيما (شعر)
اذا رأيت اثيما كن ساترا وحليما * يا من يقبح امري لم لا تمر كريما *
والسلام ختام المرام





خاتمه

نحمدك يا من هدينا بانواع الهدايه * ونصلي على من هو كاف بالاقتداء غاية الكفايه * وبعد فيقول الراجي الى رحمة ربه في بداية الامر والنهايه * عبد المجيد وقاه الله تعالى على معراج الدرايه * ان الحري ان يذكر نبذة من شأن الهدايه مع ما يناسبه المقام فاعلم ان الهداية شرح البداية لشيخ الاسلام والحبر الهمام برهان الدين ابي الحسن علي بن عبد الجليل ابي بكر الفرغاني المرغيناني كان فقيها حافظا مفسرا محدثا اديبا اصوليا ورعا زاهدا **نظم**

* برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه *
* اعلى لواء العلم حتى اصبحت * علماء دين الله تحت لوائه *

لقي الكرام الفخام وعاشر المشايخ العظام واجتهد في معرفة المذهب والخلاف الى ان وصل مرتبة الاسلاف * تفقه في اول حاله على والده حتى برع في الفقه * ثم اخذ العلوم من الائمة المشهورين المتبحرين في علوم الدين فمنهم الامام مفتي الثقلين نجم الدين ابو حفص عمر النسفي * ومنهم الصدر الشهيد حسام الدين عمر * ومنهم ضياء الدين محمد بن الحسين البيدنجي تلميذ علاء الدين السمرقندي صاحب التحفة * ومنهم ابو عمرو عثمان بن علي البيكندي تلميذ شمس الائمة السرخسي * ومنهم قوام الدين احمد بن عبد الرشيد البخاري والد صاحب خلاصة الفتاوى وغيرهم من المشايخ الكرام * وله رح كتاب المشيخة الكرام جمع فيها مشايخه * والتجنيس * والمزيد * ومناسك الحج * ومجموع النوازل * وكتاب في الفرائض * وتفقه عليه الجم الغفير فمنهم شمس الائمة محمد بن عبد الستار الكردري * وشيخ الاسلام جلال الدين محمود بن الحسين الاستروشني والد مجد الدين المفتي محمد بن محمود صاحب الفصول * وتفقه عليه ايضا اولاده الامجاد شيخ الاسلام جلال الدين محمد * وشيخ الاسلام نظام الدين عمر وشيخ الاسلام عماد الدين ابو بكر والد صاحب الفصول العماديه * وبالجملة كان مصنف الهداية شيخ شيوخ الاسلام صاحب التخريج والترجيح بين العلماء الاعلام كانت المسائل على حفظه باصولها ونكاتها وكان فارسا في المناظرة عديم النظير اذا حضر في المجلس كان هو المشار اليه والفتاوى تحمل من اقطار الارض الى ما بين يديه وكانت الطلبة ترحل من البلاد للتفقه عليه وله في العلوم آثار ليس لغيره واقر له بالفضل والكمال اهل عصره كقاضي خان والصدر الكبير برهان الدين صاحب المحيط البرهاني والشيخ الامام ظهير الدين البخاري صاحب الفتاوى الظهيريه وغيرهم لا سيما بعد تصنيف كتاب الهداية قال الاتقاني ان صاحب الهداية بقي في تصنيف الهداية ثلث عشرة سنة وكان صائما في تلك المدة لا يفطر اصلا وكان يجتهد ان لا يطلع على صومه احد فاذا اتى خادمه بطعام كان يقول له خله ورح فاذا راح كان يعطي تلك الطعام واحدا من الطلبة او من الفقراء والمساكين فاذا

اتى الخادم وجد الاناء دارفا يظن انه اكله بنفسه فصار كتابه مقبولا بين العلماء منتفعا به ببركة زهده وورعه

نظم لمولانا عماد الدين ابن مصنف الهداية

* كتاب الهداية يهدي الهدى * الى حافظيه ويجلو العمى *

* فلازمه واحفظه يا ذا الحجى * فمن ناله نال اقصى المنى *

واعلم ان صاحب الهداية قد الف اولا بداية * ثم شرحها شرحا ارسمه بكفاية المنتهي * ثم صرف عنانه الى شرحه ثانيا وارسمه بالهداية لاحتوائه على اصول الدراية وانطوائه على متون الرواية حيث قال في اول الهداية كان يخطر ببالي عند ابتداء حالي ان يكون في الفقه كتاب فيه من كل نوع صغير الحجم كثير الرسم وحيث وقع الاتفاق بتطراق الطرق وجدت المختصر المنسوب الى القدوري اجمل كتاب في احسن ايجاز واعجاب ورأيت كبراء الدهر يرغبون الصغير والكبير في حفظ الجامع الصغير فهممت ان اجمع بينهما ولا اتجاوز فيه عنهما الا ما دعت الضرورة اليه وسميته ببداية المبتدي ولو وفقت لشرحه لارسمه بكفاية المنتهي ولقد وفقه الله تعالى حيث قال حين بداية الهداية وقد جرى على الوعد في مبدأ بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكأ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول تنسحب عليها فصول واسأل الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاصغر والاقصر وللناس فيما يعشقون مذاهب * انتهى * توفي سنة ٥٩٣ *

ذكر ان من دابه في كتاب الهداية انه اذا قال هذا الحديث محمول على المعنى العلاني يريد به قد حمله على هذا المعنى اهل الحديث واذا قال نحمله يريد به انه يحمله على هذا ولم يحمله اهل الحديث *

ومنه ان يقول لما بينا في الدليل العقلي ولما تلونا في الدليل الثابت بالكتاب ولما روينا في الثابت بالسنة والاثر اي الثابت بقول الصحابة رض وقد لا يفرق بين الخبر والاثر ويقول فيهما لما روينا ولما ذكرنا فيهما عم *

ومنه اذا قال عن فلان يريد به الرواية عن ذلك العلان واذا قال عند فلان يريد انه مذهبه *

ومنه انه لا يذكر الفاء في جواب اما اعتماد الظهور المعنى ومنه انه يسقط الواو في ان الوصلية لكن ما روعي هذا عند الطبع *

ومنه انه يورد النظير لمسئلة ثم يشير الى النظير باسم الاشارة مما يستعمل للبعيد والى الاول بما يستعمل للقريب *

ومنه انه يعبر بالفقه عن الدليل العقلي ويقول الفقه فيه كذا * ومنه انه يرضى الجواب الاخير كائنا ما كان *
ومنه انه اذا قال العبد الضعيف او قال رضي الله عنه يريد به نفسه ولم يذكر بصيغة المتكلم احترازا عن الانانية *
ومنه انه يذكر مسائل القدوري اولا ثم يذكر مسائل الجامع الصغير في آخر الباب *
ومنه انه يجيب عن السؤال المقدر ولا يصرح السؤال ولا يقول فان قيل كذا قلنا كذا نعم في ثلثة مواضع
فان قيل قلنا صريحا في كتاب ادب القاضي في موضعين وفي كتاب الغصب في موضع *
ومنه انه اذا كان نوع مخالفة بين عبارة القدوري وبين عبارة الجامع الصغير يصرح بلفظ الجامع *
ومنها اذا قال والتخريج كذا يريد به تخريج نفسه وينسب تخريج غيره الى صاحبه *

ولرشاقة مسائلها ووثاقة دلائلها واحتوائها على امهات المسائل توجهوا الى شرحها الاكابر والاماثل

فمن شروحها النهاية لمولانا حسام الدين الحسين بن علي بن الحجاج بن علي السغناقي رحمة الله تعالى عليه *
ومنها نهاية الكفاية لمولانا تاج الشريعة محمود بن عبيد الله بن محمود المحبوبي رحمة الله تعالى عليه *
ومنها غاية البيان نادرة الاقران للشيخ امام الدين اميركاتب بن امير عمر الاتقاني الحنفي رحمة الله تعالى عليه *
ومنها معراج الدراية للشيخ الامام محمد بن محمد البخاري المدعو بقوام الدين رحمة الله تعالى عليه *
ومنها البناية للشيخ قاضي القضاة شمس الدين ابي العباس احمد بن ابراهيم عبد الغني السروجي رحمه الله *
ومنها حواشي الخبازي للشيخ الامام عمر بن محمد بن عمر الشيخ جلال الدين الخبازي رحمه الله *
ومنها العناية للشيخ مولانا اكمل الدين محمد بن محمود بن احمد الحنفي رحمة الله تعالى عليه *
ومنها فتح القدير للعاجز الفقير للشيخ الامام الهمام محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن
مسعود السيواسي ثم الاسكندري العلامة كمال الدين ابن الهمام الحنفي رحمة الله تعالى عليه *
ومنها الكفاية لمولانا السيد جلال الدين الخوارزمي الكرلاني رحمه الله تعالى ولاجل كونها قليلة المباني
كثيرة المعاني ولحل مطالب الهداية مفيدة في الغاية اخترنا طبعها نفعنا الله تعالى ببركاتها آمين *

ختمناها بامهات المسائل هي اصول وضوابط مجيبة لكل سائل بل عقود الحسان في قواعد مذهب النعمان

١	ليس الثواب للعباد يحصل	الا بنية كما قد نقلوا
٢	كذلك الامور بالمقاصد	فاحسن الظن بكل قاصد
٣	كذا اليقين لا يزول بالشك فاعرف	اذا طرا عليه شك فاتنف
٤ — ٥	وتجلب المشقة التيسيرا	والضرر يزال كن خبيرا
٦	وعادة قد حكمت تحقيقا	قد فاح عرف مسكها فتيقا

١ والاجتهاد ليس حقا ينقض ... بالاجتهاد مثله كما قصوا

٢ اذا الحلال والحرام اجتمعا ... فالغالب الحرام حتما فاسمعا

٣ ويكره الايثار حقا في القرب ... مما به يكون احراز الرتب

٤ وتابع يكون تابعا فلا ... تبغ على الدين القويم معدلا

٥ تصرف الامام في الرعايا ... يناط بالمصالح في القضايا

٦ وتدرأ الحدود بالشبهات ... في كل ماض يا اخي وآتي

٧ والحر تحت اليد ليس يدخل ... قاعدة شهيرة يا رجل

٨ ان يجتمع امران والجنس اتحد ... وليس في المقصود خلف يعتقد
فغالبا بينهما التداخل ... يكون حقا فاستمع يا فاضل

٩ كذلك الاعمال للكلام ... اولى من الاهمال في المقام
متى يكن ذلك حقا ممكنا ... اذا انتفى الامكان اهمل علنا

١٠ كذلك الخراج بالضمان ... قاعدة شهيرة المعاني

١١ اذ السؤال تابع الجواب ... معه معادا اولى الالباب

١٢ لساكت لا ينسب المقول ... سوى الذي صحت به النقول

١٣ والفرض حتما فاضل للنفل ... سوى مسائل اتت في النقل

١٤ وكل شيء اخذه قد حرما ... ومثله اعطاؤه فليعلما

١٥ مستعجل بالشيء قبل وقته ... عوقب بالحرمان ثم مقته

١٦ ولاية لها خصوص اقوى ... من التي عمت هديت التقوى

١٧ والظن ان يظهر به نوع خطا ... فالغه فما له حقا خطا

١٨ وذكر بعض ما دم التجزي ... كذكر كله بلا تحرز

١٩ مباشر وذو تسبب معا ... اضف لمن باشر حكما وسعى

والله ربي يحسن الختاما

بمنه وجوده دواما



فهرس كتاب الفرائض المسمى بالسراجية





كتاب الفرائض

الحمد لله رب العالمين حمد الشاكرين والصلوة
والسلام على خير البرية محمد وآله الطيبين الطاهرين

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانها نصف العلم **قال** علماؤنا رحمهم الله تتعلق بتركة الميت حقوق اربعة مرتبة الاول يبدء بتكفينه وتجهيزه من غير تبذير ولا تقتير ثم تقضى ديونه من جميع ما بقي من ماله ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي من ماله بعد الدين ثم يقسم الباقي من ماله بين ورثته بالكتاب والسنة واجماع الامة * فيبدء باصحاب الفرائض وهم الذين لهم سهام مقدرة في كتاب الله تعالى ثم بالعصبات من جهة النسب والعصبة مطلقا كل من يأخذ من التركة ما ابقته اصحاب الفرائض وعند الانفراد يحرز جميع المال ثم بالعصبة من جهة السبب وهو مولى العتاقة ثم عصبته ثم الرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم ثم ذوي الارحام ثم مولى الموالاة ثم المقر له بالنسب على الغير بحيث لم يثبت نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره ثم الموصى له بجميع المال ثم بيت المال *

فصل في الموانع

المانع من الارث اربعة الرق وافرا كان اوناقصا والقتل الذي يتعلق به وجوب القصاص او الكفارة واختلاف الدينين واختلاف الدارين اما حقيقة كالحربي والذمي اوحكما كالمستأمن والذمي او الحربيين من دارين مختلفين والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة فيما بينهم *

باب معرفة الفروض ومستحقيها

الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس على التضعيف والتنصيف واصحاب هذه السهام اثنا عشر نفرا اربعة من الرجال وهم الاب ٭ والجد الصحيح وهو اب الاب وان علا ٭ والاخ لام ٭ والزوج ٭ وثمان من النساء الزوجة ٭ والبنت ٭ وبنت الابن وان سفلت ٭ والاخت لاب وام ٭ والاخت لاب ٭ والاخت لام ٭ والام ٭ والجدة الصحيحة وهي التي لايدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد *

احوال الاب — اما الاب فله احوال ثلث الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن او ابن الابن وان سفل ٭ والفرض والتعصيب معا وذلك مع الابنة وابنة الابن وان سفلت ٭ والتعصيب المحض وذلك عند عدم الولد وولد الابن وان سفل ٭ والجد الصحيح كالاب الافي اربع

الجد — مسائل وسنذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى ٭ ويسقط الجد بالاب لان الاب اصل في قرابة الجد الى الميت والجد الصحيح هو الذي لاتدخل في نسبته الى الميت ام ٭

اولاد الام — واما اولاد الام فاحوال ثلث السدس للواحد ٭ والثلث للاثنين فصاعدا ذكورهم واناثهم في القسمة والاستحقاق سواء ٭ ويسقطون بالولد وولد الابن وان سفل وبالاب وبالجد بالاتفاق ٭

الزوج — واما للزوج فحالتان النصف عند عدم الولد وولد الابن وان سفل ٭ والربع مع الولد او ولد الابن وان سفل *

فصـــــل في النساء

الزوجة — للزوجات حالتان الربع للواحدة فصاعدة عند عدم الولد وولد الابن وان سفل ٭ والثمن مع الولد او ولد الابن وان سفل ٭ واما البنات الصلب فاحوال ثلث النصف للواحدة ٭ والثلثان للاثنتين فصاعدة ٭ ومع الابن للذكر مثل حظ الانثيين وهو يعصبهن ٭ وبنات الابن كبنات الصلب ولهن احوال ست النصف للواحدة ٭ والثلثان للاثنتين فصاعدة عند عدم بنات الصلب ٭ ولهن السدس مع الواحدة الصلبية تكملة للثلثين ٭ ولا يرثن مع الصلبيتين ٭ الا ان يكون بحذائهن او اسفل منهن غلام فيعصبهن والباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ٭ ويسقطن كلهن بالابن ٭ ولو ترك ثلث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض بهذه الصورة

(بنات الصلب — بنات الابن)

الفريق الثالث		الفريق الثاني		الفريق الاول
ابن	....	ابن	....	ابن
ابن	....	ابن	....	ابن بنت
ابن	....	ابن بنت	....	ابن بنت
ابن بنت	....	ابن بنت	....	ابن بنت
ابن بنت	....	ابن بنت		
ابن بنت				

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد والوسطى من الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الاول توازيها الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها احد اذا عرفت هذا فنقول للعليا من الفريق الاول النصف وللوسطى من الفريق الاول مع من يوازيها من الفريق الثاني السدس تكملة للثلثين ولا شيء

للسفليات الا ان يكون معهن غلام فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم يكن ذات سهم ويسقط من دونه يسمى مسئلة التشبيب ❁ واما للاخوات لاب وام فاحوال خمس النصف للواحدة ❊ والثلثان للاثنتين فصاعدة ❊ ومع الاخ لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين يصرن به عصبة لاستوائهم في القرابة الى الميت ❊ ولهن الباقي مع البنات او بنات الابن لقوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة ❁ والاخوات لاب كالاخوات لاب وام ولهن احوال سبع النصف للواحدة ❊ والثلثان للاثنتين فصاعدة عند عدم الاخوات لاب وام ❊ ولهن السدس مع الاخت لاب وام تكملة للثلثين ❊ ولا يرثن مع الاختين لاب وام ❊ الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن والباقي بينهن للذكر مثل حظ الانثيين ❊ والسادسة ان يصرن عصبة مع البنات او بنات الابن لما ذكرنا ❊ وبنو الاعيان والعلات كلهم يسقطون بالابن وابن الابن وان سفل وبالاب بالاتفاق وبالجد عند ابي حنيفة رح ❊ ويسقط بنو العلات ايضا بالاخ لاب وام وكذلك بالاخت لاب وام اذا صارت عصبة ❁ واما للام فاحوال ثلث السدس مع الولد او ولد الابن وان سفل او مع الاثنين من الاخوة والاخوات فصاعدا من اي جهة كانا ❊ وثلث الكل عند عدم هؤلاء المذكورين ❊ وثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين وذلك في المسئلتين احديهما زوج وابوان والثانية زوجة وابوان ولو كان مكان الاب جد فللام ثلث جميع المال الا عند ابي يوسف رحمه الله فان لها ثلث الباقي ❁ وللجدة السدس لام كانت او لاب واحدة كانت او اكثر اذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة ❊ ويسقطن كلهن بالام والابويات ايضا بالاب وكذلك بالجد الا ام الاب وان علت فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله والقربى من اي جهة كانت تحجب البعدى من اي جهة كانت وارثة كانت القربى او محجوبة فاذا مات رجل عن اب وام الاب وام ام الام فالتركة كلها للاب لان الجدة من جهة الاب سقطت بالاب وهي تحجب ام ام الام لانها البعدى واذا كانت الجدة ذات قرابة واحدة كام ام الاب والاخرى ذات قرابتين او اكثر كام ام الام وهي ايضا ام اب الاب

الاخوات لاب وام

اخوات لاب

الام

الجدة

بهذه الصـــورة

ميـــت

ام ام

ام اب ام

اب ام

يقسم السدس بينهما عند ابي يوسف رحمه الله انصا فاباعتبار الابدان وعند محمد رحمه الله اثلاثا باعتبار الجهات *

باب العصبات

العصبات النسبية ثلثة عصبة بنفسه * وعصبة بغيره * وعصبة مع غيره * اما العصبة بنفسه فكل ذكر لاتدخل في نسبته الى الميت انثى وهم اربعة اصناف جزء الميت * واصله * وجزء ابيه * وجزء جده * الاقرب فالاقرب يرجحون بقرب الدرجة اعني به اولٰهم بالميراث جزء الميت اي البنون ثم بنوهم وان سفلوا * ثم اصله اي الاب ثم الجد اي اب الاب وان علا * ثم جزء ابيه اي الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا * ثم جزء جده اي الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا * ثم يرجحون بقوة القرابة اعني به ان ذا القرابتين اولى من ذي قرابة واحدة ذكرا كان او انثى لقوله عليه السلام ان اعيان بني الاب والام يتوارثون دون بني العلات كالاخ لاب وام اذا صارت عصبة مع البنت اولى من الاخ لاب والاخت لاب وابن الاخ لاب وام اولى من ابن الاخ لاب

وكذلك الحكم في اعمام الميت ثم في اعمام ابيه ثم في اعمام جده * واما العصبة بغيره فاربع من النسوة وهن اللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن كما ذكرنا في حالاتهن ومن لا فرض لها من الاناث واخوها عصبة لا تصير عصبة باخيها كالعم والعمة المال كله للعم دون العمة * واما العصبة مع غيره فكل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالاخت مع البنت كما ذكرنا * وآخر العصبات مولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب الذي ذكرناه لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولا شيء للاناث من ورثة المعتق من الولاء لقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء شيء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن * ولو ترك اب المعتق وابنه عند ابي يوسف رحمه الله سدس الولاء للاب والباقي للابن وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الولاء كله للابن فلا شيء للاب * ولو ترك ابن المعتق وحده فالولاء كله للابن بالاتفاق * ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ويكون ولاؤه له كثلث بنات للكبرى ثلثون دينارا وللصغرى عشرون دينارا فاشترتا اباهما بالخمسين ثم مات الاب وترك شيئًا فالثلثان بينهن اثلاثا بالفرض والباقي بين مشتريتي الاب اخماسا بالولاء ثلثة اخماسه للكبرى وخمساه للصغرى وتصح من خمسة واربعين *

باب الحجب

الحجب نوعان حجب نقصان وهو حجب عن سهم الى سهم وذلك لخمسة نفر للزوجين والام وبنت الابن والاخت لاب وقد مر بيانه * وحجب حرمان * والورثة فيه فريقان فريق لا يحجبون بحال البتة وهم ستة الابن * والاب * والزوج * والبنت * والام * والزوجة * وفريق يرثون بحال ويحجبون بحال وهذا مبني على اصلين احدهما هو ان

كل من يدلي الى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى اولاد الام فانهم يرثون معها لانعدام استحقاقها جميع التركة * والثاني الاقرب فالاقرب كماذكرنا في العصبات * والمحروم لا يحجب عندنا وعند ابن مسعود رضي الله عنه يحجب حجب النقصان كالكافر والقاتل والرقيق * والمحجوب يحجب غيره بالاتفاق كالاثنين من الاخوة والاخوات فصاعدا من اي جهة كانا فانهما لا يرثان مع الاب ولكن يحجبان الام من الثلث الى السدس *

باب مخارج الفروض

اعلم ان الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى نوعان الاول النصف * والربع * والثمن والثاني الثلثان * والثلث * والسدس * على التضعيف والتنصيف فاذا جاء في المسائل من هذه الفروض آحاد آحاد فمخرج كل فرض سميه الا النصف وهو من اثنين كالربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلث من ثلثة واذا جاء مثنى او ثلث وهما من نوع واحد فكل عدد يكون مخرجا لجزء فذلك العدد ايضا يكون مخرجا لضعف ذلك الجزء ولضعف ضعفه كالستة هو مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه * واذا اختلط النصف من النوع الاول بكل الثاني اوببعضه فهو من ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني اوببعضه فهو من اثنى عشر واذا اختلط الثمن من الاول بكل الثاني اوببعضه فهو من اربعة وعشرين *

باب العول

العول ان يزاد على المخرج شئ من اجزائه اذا ضاق عن فرض اعلم ان مجموع المخارج سبعة اربعة منها لا تعول وهي الاثنان * والثلاثة * والاربعة * والثمانية * وثلثة منها تعول اما الستة فانها تعول الى عشرة وترا وشفعا واما اثنا عشر فهي تعول الى

سبعة عشر وترا لا شفعا واما اربعة وعشرون فانها تعول الى سبعة وعشرين عولا واحدا كالمسئلة المنبرية وهي امرأة وبنتان وابوان ولا يزاد على هذا الا عند ابن مسعود رضي الله عنه فان عنده تعول الى احدى وثلثين كالمرأة وام وابن قاتل واختين لاب وام واختين لام *

فصل في معرفة التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين

تماثل العددين كون احدهما مساويا للآخر * وتداخل العددين المختلفين ان يعد اقلهما الاكثراي يفنيه ٭ اونقول هوان تكون اكثر العددين منقسما على الاقل قسمة صحيحة ٭ اونقول هوان زيد على الاقل مثله اوامثاله فيساوي الاكثر٭ اونقول هوان يكون الاقل جزء للاكثر مثل ثلثة وتسعة * وتوافق العددين ان لا يعد اقلهما الاكثر ولكن يعدهما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين تعدهما اربعة فهما متوافقان بالربع لان العدد العادلهما مخرج لجزء الوفق * وتباين العددين ان لا يعد العددين معا عدد ثالث كالتسعة مع العشرة * وطريق معرفة الموافقة والمباينة بين العددين المختلفين ان ينقص من الاكثر بمقدار الاقل من الجانبين مرة اومرارا حتى اتفقا في درجة واحدة فان اتفقا في واحد فلا وفق بينهما وان اتفقا في عدد فهما متوافقان بذلك العدد ففي الاثنين بالنصف وفي الثلثة بالثلث وفي الاربعة بالربع هكذا الى العشرة وفيما وراء العشرة يتوافقان بجزء اعني في احد عشر بجزء من احد عشر وفي خمسة عشر بجزء من خمسة عشر فاعتبر هذا *

باب التصحيح

يحتاج في تصحيح المسائل الى سبعة اصول ثلثة منها بين السهام والرؤس ٭ واربعة منها بين الرؤس والرؤس ٭ اما الثلثة فاحدها ان كانت سهام كل فريق منقسمة عليهم بلا كسر

الابدان ٭ وعند محمد رحمه الله تعالى (المال بينهما) انصافا باعتبار الاصول بهذه الصــــــــــــــــورة

ميــــــــــــــــــــــــ

الاخ لام	الاخت لام
ابن	بنت
بنت	ابن
ا	ا

وان استووا فى القرب وليس فيهم ولد عصبة ٭ اوكان كلهم اولاد العصبات ٭ اوكان بعضهم اولاد العصبات ٭ وبعضهم اولاد اصحاب الفرائض ٭ فابويوسف رحمه الله تعالى يعتبر الاقوى ٭ ومحمد رحمه الله تعالى يقسم المال على الاخوة والاخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الاصول ٭ فما اصاب كل فريق يقسم بين فروعهم كما فى الصنف الاول ٭ كما اذا ترك ثلث بنات اخوة متفرقين ٭ وكذا ثلثة بنين وثلث بنات اخوات متفرقات بهذه الصــــــــــــــــورة

ميــــــــــــــــــــــــ

اخ لاب وام	اخ لاب	اخ لام	اخت لاب وام	اخت لاب	اخت لام
بنت	بنت	بنت	ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت

عند ابي يوسف رحمه الله يقسم كل المال بين فروع بنى الاعيان ٭ ثم بين فروع بنى العلات ٭ ثم بين فروع بنى الاخياف للذكر مثل حظ الانثيين ارباعا باعتبار الابدان

وعند محمد رحمه الله يقسم ثلث المال بين فروع بنى الاخياف على السوية اثلاثا لاستواء اصولهم فى القسمة والباقي بين فروع بنى الاعيان انصافا باعتبار عدد الفروع فى الاصول نصفه لبنت الاخ نصيب ابيها والنصف الآخر بين ولدي الاخت للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان ٭ وتصح من تسعة ٭ ولو ترك ثلث بنات بني اخوة متفرقين بهذه الصورة

ميـــــــــــــــ

الاخ لام	الاخ لاب	الاخ لاب وام
ابن	ابن	ابن
بنت	بنت	بنت

المال كله لبنت ابن الاخ لاب وام بالاتفاق لانها ولد العصبة ولها ايضا قوة القرابة ٭

فصل فى الصنف الرابع

الحكم فيهم انه اذا انفرد واحد منهم استحق المال كله لعدم المزاحم وان اجتمعوا وكان حيز قرابتهم متحدا كالعمات والاعمام لام اوالاخوال والخالات فالاقوى منهم اولى بالاجماع اعني من كان لاب وام اولى بالميراث ممن كان لاب ومن كان لاب اولى ممن كان لام ذكورا كانوا او اناثا وان كانوا ذكورا واناثا واستوت قرابتهم فللذكر مثل حظ الانثيين كعم وعمة كلاهما لام اوخال وخالة كلاهما لاب وام اولاب اولام وان كان حيز قرابتهم مختلفا فلا اعتبار لقوة القرابة كعمة لاب وام وخالة لام اوخالة لاب وام وعمة لام فالثلثان لقرابة الاب وهو نصيب الاب والثلث لقرابة الام وهو نصيب الام ٭ ثم ما اصاب كل فريق يقسم بينهم كما لو اتحد حيز قرابتهم ٭

عندا بي يوسف رحمه الله تعالى يقسم المال بين الفروع اسباعا باعتبار ابدانهم ٭ وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم المال على اعلى الخلاف اعني فى البطن الثاني اسباعا باعتبار عدد الفروع فى الاصول ٭فعنده اربعة اسباعه لبنتي بنت ابن البنت نصيب جدهما وثلثا اسباعه وهو نصيب البنتين يقسم على ولديهما اعني فى البطن الثالث انصافا نصفه لبنت ابن بنت البنت نصيب ابيها ٭ والنصف الآخر لابني بنت بنت البنت نصيب امهما ٭ وتصح من ثمانية وعشرين ٭ وقول محمد رحمه الله تعالى اشهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في جميع احكام ذوي الارحام وعليه الفتوى ٭

فصل

علماؤنا رحمهم الله تعالى يعتبرون الجهات فى التوريث غير ان ابا يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الجهات فى ابدان الفروع ٭ ومحمد رحمه الله تعالى يعتبر الجهات فى الاصول كما اذا ترك بنتي بنت بنت وهما ايضا بنتا ابن بنت وابن بنت بنت بهذه الصورة

صيـ

بنت	بنت	بنت
بنت	ابن	بنت
ابن		بنتي
٦		٢٢

عند ابي يوسف رحمه الله تعالى يكون المال بينهم اثلاثا وصار كانه ترك اربع بنات وابنا ثلثاه للبنتين وثلثه للابن * وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم المال بينهم على ثمانية وعشرين سهما للبنتين اثنان وعشرون سهما ستة عشر سهما من قبل ابيهما وستة اسهم من قبل امهما وللابن ستة اسهم من قبل امه *

فصـــــل فى الصنف الثاني

اولٰهم بالميراث اقربهم الى الميت من اي جهة كان (فاب الام اولى من اب ام الام) * وعند الاستواء فمن كان يدلى بوارث فهو اولى (كاب ام الام اولى من اب اب الام) عند ابي سهيل الفرائضي وابي فضل الخفاف وعلي بن عيسى البصري * ولا تفضيل له عند ابي سليمان الجرجاني وابي علي البستي * وان استوت منازلهم وليس فيهم من يدلى بوارث اوكان كلهم يدلون بوارث واتفقت صفة من يدلون بهم واتحدت قرابتهم فالقسمة حينئذ على ابدانهم وان اختلفت صفة من يدلون بهم يقسم المال على اول بطن اختلف كما فى الصنف الاول * وان اختلفت قرابتهم فالثلثان لقرابة الاب وهو نصيب الاب والثلث لقرابة الام وهو نصيب الام * ثم ما اصاب لكل فريق يقسم بينهم كما لو اتحدت قرابتهم *

فصـــــل فى الصنف الثالث

الحكم فيهم كالحكم فى الصنف الاول اعني اولٰهم بالميراث اقربهم الى الميت * وان استووا فى القرب فولد العصبة اولى من ولد ذوى الارحام كبنت ابن الاخ وابن بنت الاخت كلاهما لاب وام اولاب اواحدهما لاب وام والآخر لاب المال كله لبنت ابن الاخ لانها ولد العصبة * ولو كانا لام كان المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين * عند ابي يوسف رحمه الله تعالى باعتبار

فلا حاجة الى الضرب كابوين وبنتين * والثاني ان انكسر على طائفة واحدة نصيبهم ولكن بين سهامهم ورؤسهم موافقة فيضرب وفق عدد رؤس من انكسرت عليهم السهام في اصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة كابوين وعشر بنات ؞ اوزوج وابوين وست بنات * والثالث ان لا تكون بين سهامهم ورؤسهم موافقة فيضرب كل عدد رؤس من انكسرت عليهم السهام في اصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة كاب وام وخمس بنات ؞ اوزوج وخمس اخوات لاب وام * واما الاربعة فاحدها ان يكون الكسر على طائفتين اواكثر ولكن بين اعداد رؤسهم مماثلة فالحكم فيها ان يضرب احد الاعداد في اصل المسئلة مثل ست بنات وثلث جدات وثلثة اعمام * والثاني ان يكون بعض الاعداد متداخلا في البعض فالحكم فيها ان يضرب اكثر الاعداد في اصل المسئلة مثل اربع زوجات وثلث جدات واثنا عشر عما * والثالث ان يوافق بعض الاعداد بعضا فالحكم فيها ان يضرب وفق احد الاعداد في جميع الثاني ثم ما بلغ في وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث والا فالمبلغ في جميع الثالث ثم المبلغ في الرابع كذلك ثم المبلغ في اصل المسئلة كاربع زوجات وثماني عشرة بنتا وخمس عشرة جدة وستة اعمام * والرابع ان تكون الاعداد متباينة لا يوافق بعضها بعضا فالحكم فيها ان يضرب احد الاعداد في جميع الثاني ثم ما بلغ في جميع الثالث ثم ما بلغ في جميع الرابع ثم ما اجتمع في اصل المسئلة كامرأتين وست جدات وعشر بنات وسبعة اعمام *

فصل

واذا اردت ان تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة فما حصل فذلك نصيب ذلك الفريق ؞ واذا اردت ان تعرف نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق من التصحيح فاقسم ما كان

لكل فريق من اصل المسئلة على عدد رؤسهم ثم اضرب الخارج في المضروب فالحاصل نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق * ووجه آخر وهوان تقسم المضروب على اي فريق شئت ثم اضرب الخارج (في نصيب الفريق الذي قسمت عليهم المضروب) فالحاصل نصيب كال واحد من آحاد ذلك الفريق * ووجه آخر وهوطريق النسبة وهوالا وضح وهوان تنسب سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم تعطي بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من آحاد ذلك الفريق *

فصـــــــــــــل
في قسمة التركات بين الورثة والغرماء

اذا كان بين التصحيح والتركة مباينة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح ؛ مثاله بنتان وابوان والتركة سبعة دنانير واذا كان بين التصحيح والتركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح فالخارج نصيب ذلك الوارث في الوجهين هذا المعرفة نصيب كل فرد ؛ اما لمعرفة نصيب كل فريق منهم فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة في وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق المسئلة ان كان بين التركة والمسئلة موافقة ؛ وان كان بينهما مباينة فاضرب في كال التركة ثم اقسم الحاصل على جميع المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق في الوجهين * اما في قضاء الديون فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث في العمل ومجموع الديون بمنزلة التصحيح وان كان في التركة كسور فابسط التركة والمسئلة كليهما اي اجعلهما من جنس الكسر ثم قدم فيه ما رسمناه *

فصل في التخارج

من صالح على شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسم ما بقي من التركة على سهام الباقين كزوج وام وعم فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر وخرج من البين فيقسم باقي التركة بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامهما سهمان للام وسهم للعم * او زوجة واربعة بنين فصالح احد البنين على شيء وخرج من البين فيقسم باقي التركة على خمسة وعشرين سهما للمرأة اربعة اسهم ولكل ابن سبعة *

باب الرد

الرد ضد العول ما فضل عن فرض ذوي الفروض ولا مستحق له يرد على ذوي الفروض بقدر حقوقهم الا على الزوجين * وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم * وبه اخذ اصحابنا رحمهم الله * وقال زيد بن ثابت الفاضل لبيت المال * وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله * ثم مسائل الباب على اقسام اربعة * احدها ان يكون في المسئلة جنس واحد ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فاجعل المسئلة من رؤسهم كما لو ترك بنتين او اختين او جدتين فاجعل المسئلة من اثنين * والثاني اذا اجتمع في المسئلة جنسان او ثلثة اجناس ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فاجعل المسئلة من سهامهم اعني من اثنين اذا كان في المسئلة سدسان او من ثلثة اذا كان فيها ثلث وسدس او من اربعة اذا كان فيها نصف وسدس او من خمسة اذا كان فيها ثلثان وسدس او نصف وسدسان او نصف وثلث * والثالث ان يكون مع الاول من لا يرد عليه فاعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه فان استقام الباقي على عدد رؤس من يرد عليه فبها كزوج وثلث بنات * وان لم يستقم فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه ان وافق رؤسهم

الباقي كزوج وست بنات * والا فاضرب كل رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ تصحيح المسئلة كزوج وخمس بنات * والرابع ان يكون مع الثاني من لا يرد عليه فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه فان استقام فبها * وهذا في صورة واحدة وهي ان يكون للزوجات الربع والباقي بين اهل الرد اثلاثا كزوجة واربع جدات وست اخوات لام * وان لم يستقم فاضرب جميع مسئلة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ مخرج فروض الفريقين كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام كل فريق ممن يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وان انكسر على البعض فتصحيح المسائل بالاصول المذكورة *

باب مقاسمة الجد

قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه ومن تابعه من الصحابة بنو الاعيان وبنو العلات لا يرثون مع الجد وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وبه يفتى * وقال زيد بن ثابت رحمه الله يرثون مع الجد لاستوائهم في القرابة الى الاب وهو قولهما وقول مالك والشافعي رحمهما الله * وعند زيد بن ثابت للجد مع بني الاعيان وبني العلات افضل الامرين من المقاسمة ومن ثلث جميع المال * وتفسير المقاسمة ان يجعل الجد في القسمة كاحد من الاخوة وبنو العلات يدخلون في القسمة مع بني الاعيان اضرارا للجد فاذا اخذ الجد نصيبه فبنو العلات يخرجون من البين خائبين بغير شيء والباقي لبني الاعيان الا اذا كانت من بني الاعيان اخت واحدة فانها اذا اخذت فرضها اعني نصف الكل بعد نصيب الجد فان بقي شيء فلبني العلات والا فلا شيء لهم كجد واخت لاب وام واختين لاب فبقي للاختين لاب عشر المال وتصح من عشرين ولو كانت في هذه المسئلة اخت لاب فلم يبق لها شيء وان اختلط بهم ذو سهم فللجد هنا

افضل الامور انه

مابقي كجد وجدة واخوين و

واخوين * واذا كان ثلث الباقي خيرا للجد

مخرج الثلث في اصل المسئلة ∴ فان تركت جدا وزوجا وبنتا

فالسدس خير للجد وتعول المسئلة الى ثلثة عشر ولا شيء للاخت * واعلم

ثابت رضي الله عنه لا يجعل الاخت لاب وام اولاب صاحبة فرض مع الجد الا في المسئلة الاكدرية وهي زوج وام وجد واخت لاب وام اولاب ∴ فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس وللاخت النصف ثم يضم الجد نصيبه الى نصيب الاخت فيقسمان للذكر مثل حظ الانثيين لان المقاسمة خير للجد ∴ اصلها من ستة وتعول الى تسعة وتصح من سبعة وعشرين * وانما سميت اكدرية لانها واقعة امرأة من بني اكدر ∴ (وقال بعضهم سميت اكدرية لانها اكدرت على زيد بن ثابت رضي الله عنه مذهبه) * ولو كان مكان الاخت اخ او اختان فلا عول ولا اكدرية (ولا ميراث للاخ لانه عصبة والاخت صاحبة فرض) *

باب المناسخة

ولو صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة كزوج وبنت وام فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وابوين ∴ ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ∴ ثم ماتت الجدة عن زوج واخوين ∴ فالاصل فيه ان تصحح مسئلة الميت الاول وتعطي سهام كل وارث من التصحيح ثم تصحح مسئلة الميت الثاني وتنظر بين ما في يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثاني ثلثة احوال فان استقام ما في يده من التصحيح الاول على التصحيح الثاني فلا حاجة الى الضرب ∴ وان لم يستقم فانظر ان كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في جميع التصحيح الاول ∴ وان كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح

للخنثى المشكل اقل النصيبين اعني اسوء الحالين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
واصحابه ؛ وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ؛ وعليه الفتوى كما
اذا ترك ابنا وبنتا وخنثى ؛ للخنثى نصيب بنت لانه متيقن ؛ وعند عامر الشعبي
رحمه الله تعالى ؛ وهو قول ابن عباس رحمه الله تعالى للخنثى نصف النصيبين بالمنازعة ؛
واختلفا في تخريج قول الشعبي ؛ قال ابويوسف رحمه الله تعالى للابن سهم وللبنت
نصف سهم وللخنثى ثلثة ارباع سهم لان الخنثى يستحق سهما ان كان ذكرا
ونصف سهم ان كان انثى ؛ وهذا متيقن فيأخذ نصف النصيبين ؛ او نقول يأخذ
النصف المتيقن مع نصف النصف المتنازع فيه فصارت له ثلثة ارباع سهم لانه يعتبر
السهام والعول ؛ (اونقول لوكان الخنثى مفرد ايستحق جميع المال ان كان
ذكرا ونصف المال ان كان انثى فله نصفهما وهو ثلثة ارباع المال وللابن مال
وللبنت نصف مال مجموعهما مالان وربع مال ؛ ولا ومضاربة) وتصح من تسعة ؛
أونقول للابن سهمان والبنت سهم وللخنثى نصف النصيبين وهو سهم ونصف سهم ؛
وقال محمد رحمه الله تعالى يأخذ الخنثى خمسي المال ان كان ذكرا وربع المال
ان كان انثى فيأخذ نصف النصيبين وذلك خمس وثمن باعتبار الحالين ؛ وتصح
من اربعين وهو المجتمع من ضرب احدى المسئلتين وهي الاربعة في الاخرى
الخمسة ؛ ثم المبلغ وهو عشرون في الحالين فمن كان له شيء من الخمسة فمضروب
في الاربعة ؛ ومن كان له شيء من الاربعة فمضروب في الخمسة فصارت للخنثى
في ضربين ثلثة عشر سهما وللابن ثمانية عشر سهما وللبنت تسعة اسهم *

فحكم فيهم كالحكم في الصنف الاول اعني اولٰهم بالميراث اقربهم الى الميت من اي جهة كان ؞ وان استووا في القرب وكان حيز قرابتهم متحدا فمن كانت له قوة القرابة فهو اولى بالاجماع ؞ وان استووا في القرب والقرابة وكان حيز قرابتهم متحدا فولد العصبة اولى كبنت العم وابن العمة كلاهما لاب وام اولاب المال كله لبنت العم لانها ولد العصبة ؞ وان كان احدهما لاب وام والآخر لاب المال كله لمن كان له قوة القرابة في ظاهر الرواية قياسا على خالة لاب مع كونها ولد ذي الرحم هي اولى لقوة القرابة من الخالة لام مع كونها ولد الوارث لان الترجيح بمعنى فيه وهو قوة القرابة اولى من الترجيح بمعنى في غيره وهو الادلاء بالوارث * وقال بعضهم المال كله لبنت العم لاب لانها ولد العصبة وان استووا في القرب ولكن اختلف حيز قرابتهم فلا اعتبار لقوة القرابة ولا لولد العصبة في ظاهر الرواية قياسا على عمة لاب وام مع كونها ذات القرابتين وولد الوارث من الجهتين هي ليست باولى من الخالة لاب اولام لكن الثلثين لمن يدلي بقرابة الاب فتعتبر فيهم قوة القرابة ثم ولد العصبة والثلث لمن يدلي بقرابة الام وتعتبر فيهم قوة القرابة * ثم عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ما اصاب لكل فريق يقسم على ابدان فروعهم مع اعتبار عدد الجهات في الفروع ؞ وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم المال على اول بطن اختلف مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الاصول كما في الصنف الاول * ثم ينتقل هذا الحكم الى جهة عمومة ابويه وخؤلتهما ؞ ثم الى اولادهم ؞ ثم الى جهة عمومة ابوي ابويه وخؤلتهم ؞ ثم الى اولادهم كذا في العصبات *

اب الام (لان عندهما كل واحد منهم اولى من فرعه وفرعه وان سفل اولى من اصله) .

فصل في الصنف الاول

اولهم بالميراث اقربهم الى الميت كبنت البنت فانها اولى من بنت بنت الابن وان استووا في الدرجة فولد الوارث اولى من ولد ذوي الارحام كبنت بنت الابن اولى من ابن بنت البنت * وان استوت درجاتهم ولم يكن فيهم ولد الوارث او كان كلهم يدلون بوارث فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى والحسن بن زياد يعتبر ابدان الفروع ويقسم المال عليهم سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة او اختلفت . ومحمد رحمه الله يعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول موافقا لهما ويعتبر ابدان الاصول ان اختلفت صفاتهم ويعطي الفروع ميراث الاصول مخالفا لهما كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت . عندهما يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان وعند محمد رحمه الله كذلك لان صفة الاصول متفقة * ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت . عندهما المال بين الفروع اثلاثا باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى . وعند محمد رحمه الله المال بين الاصول اعني في البطن الثاني اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب ابيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب امه . وكذلك عند محمد رحمه الله اذا كان في اولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف في الاصول ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة اخرى بعد القسمة فما اصاب الذكور يجمع ويقسم على اعلى الخلاف الذي وقع في اولادهم وكذلك ما اصاب الاناث وهكذا يعمل الى ...

بهذه الصـ